المختصر الفقهي

تأليف

محمد بن عرفة الورغمي التونسي

المتوفى سنة ٨٠٣ هـ

صححه ونقحه وعلق هوامشه

الدكتور حافظ عبد الرحمن محمد خير

أستاذ الفقه بكلية الإمام مالك للشريعة والقانون بدبي

طبع على نفقة

مؤسسة خلف أحمد الحبتور

للأعمال الخيرية

مؤسسة خلف
أحمد الحبتور
للأعمال الخيرية

KHALAF AHMAD
AL HABTOOR
FOUNDATION

بسم الله الرحمن الرحيم

8

المختصر الفقهي

مسجد ومركز الفاروق عمر بن الخطاب رضي الله عنه

هاتف: 4448 394 4 971+ فاكس: 4476 394 4 971+

صندوق بريد 124343 دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة

البريد الالكتروني: info@alfarooqcentre.com

الموقع الإلكتروني: www.alfarooqcentre.com

www.facebook.com/alfarooqcentre

@AlFarooqCentre

@alfarooqmosquecentre

www.youtube.com/AlFarooqCentre

رقم الإيداع الدولي (ISBN)

978-9948-20-795-5

الطبعة الأولى

1435هـ/2014م

[باب في عاقد القراض دافعاً]

عاقده: دافعًا من له تنمية المال غير مقصورة على فعله أو وكيله[1]، فيشمل الوصي في رهونها للوصي دفع مال اليتيم مضاربة، ولا يعجبني أن يعمل به الوصي بنفسه ونحوه في رسم البز من سماع ابن القاسم في رسم البر في الوصايا بزيادة، ولا ضمان عليه إن دفعه الأمين.

ابن رُشْد: في كتاب ابن مزين: إن عمل به الوصي بقراض مثله جاز ولم يضمن،

(1) قال الرَّصاع: قوله: (من له تنمية المال) جنس مناسب للعاقد الدافع.

قوله: (غير مقصورة) حال من التنمية.

قوله: (في فعله) الضمير فيه يعود على من له التنمية أخرج به من قصر فعله على التنمية فقط، فإنه يصدق عليه دافعًا للقراض، وأخرج بذلك عامل القراض والأجير على التجر، وظاهره كان الدافع مسلمًا أو كافرًا، أما دفع المسلم للمسلم فصحيح جائز، وأما دفع المسلم للكافر فقد منع ذلك في المدَوَّنة وإن وقع فهو فاسد، وأما عكس ذلك فقد وقع كراهيته فيها أيضًا.

قوله: (أو وكيله) هذه الزيادة ليدخل بها الوكيل، وقد قدمنا السؤال على الشَّيخ في بعض الحدود وفي قوله لم يذكر النائب عن غيره في الشفعة وغيرها، وقال الشَّيخ:: فيدخل الوصي.

(فإن قلت): قد قيل بل لا يدخل؛ لأن الشَّيخ لو قال: أو نائبه لدخل الوصي والوكيل، وأما الوكيل فلا يدخل فيه الوصي.

(قُلتُ): أجيب بأن الوكيل المراد منه اللغوي وفيه نظر.

(فإن قلت): أي شيء أخرج بقوله غير مقصورة إلخ.

(قُلتُ): أخرج الشَّيخ به عامل القراض والأجير على التجر.

(فإن قلت): كيف صح إخراج عامل القراض، وقد قال الشَّيخ:: قبل هذا وحققه أن عامل القراض إنما يمتنع في حقه ذلك إذا دفع له المال على ذلك، وإما إن قارض به بعد العقد غيره وأذن له ربه فصحيح فهذا يدل على جوازه من المقارض بعد العقد.

(قُلتُ): لما أذن له ربه جاز بإذنه.

(فإن قلت): إذا دفع العبد المأذون له المال قراضًا أجازه في المدَوَّنة مع أنه إنما دفع له المال مقصورًا على تجره.

(قُلتُ): المأذون له صار كالوكيل عن رب المال عادة، والوكيل يجوز له ذلك وهو ظاهر والله أعلم وهو الموفق للصواب.

وإن عمل به بأكثر من قراض مثله رد لقراض مثله وضمن المال إن تلف.

قال يحيى بن إبراهيم: قوله: ضمن المال ضعيف.

وفيها: للمأذون دفع القراض وأخذه وللمكاتب.

اللخمي: منع أشهب أخذه المأذون والمكاتب وإعطاؤهما إياه، وصوب الأخذ لا الإعطاء، ويخرج عامل القراض والأجير على التجر.

[باب عاقد القراض أخذًا]

وعاقده آخذًا من له بيع عمله مطلقًا فيخرج المأذون له في بيع صنعته[1].

وفيها: من أقعد عبده ذا صنعة لم يكن إذنًا في تجر ولا مداينة.

وفيها: أكره للمسلم دفع قراض من ذمي، ولا أحب مقارضة من يستحل الحرام، أو من لا يعرف الحلال من الحرام وإن كان مسلمًا.

قُلتُ: يريد بالمستحل فاعل الحرام عالمًا أنه حرام.

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (من له بيع عمله) جنس وأخرج بقوله بيع عمله من لا يجوز بيع عمله كالعبد والصبي والسفيه، وقوله: (مطلقًا) أخرج به المأذون له في بيع صنعته خاصة، فإنه لا يصح أخذه المال للقراض؛ لأنه قد أذن له في بيع عمل خاص لا مطلقًا.

قال فيها: من أقعد عبده ذا صنعة لم يكن إذنا في تجر ولا مداينة.

(فإن قلت): وقع في المدَوَّنة أن السيد له أن يقارض عبده، وقد قلت يخرج العبد من الحد.

(قُلتُ): يحتاج إلى تأمل في الجواب.

(فإن قلت): هل يقارض أجيره.

(قُلتُ): في المدَوَّنة أجازه وخالفه سَحنون.

(فإن قلت): إذا دفع مسلم قراضًا لذمي ظاهر رسم الشَّيخ أنه يجوز؛ لأن الرسم يصدق عليه؛ لأن الذمي يجوز له بيع عمله، وقد قال في المدَوَّنة: لا يجوز.

(قُلتُ): قد وقع في السلم الثاني لا أحب لمسلم أن يدفع مالًا قراضًا لذمي فظاهرها الجواز على كراهة؛ لكن الشَّيخ بعد هذا: قال: يجب حملها على الحرمة انظر كلامه وسبب ما حمل عليه المدَوَّنة على ما ذكر. وأما أخذ المسلم القراض من الذمي فلا يجوز أيضًا، والصواب أن الحد لا يؤخذ منه هذا؛ لأن الأحكام لا تؤخذ من الحدود والله أعلم وبه التوفيق.

اللخمي: من كان يجهل وتجر فيما يعرض له الربا كالصرف وبيع الطعام فينبغي أن يتصدق بالفضل دون جبر، وإن علم عمله بذلك جبر، وإن كان تجره في البز ونحوه نقدا ساغ له، وإن خشي كونه فيما لا يجوز بيعه وأخذ عرضا عنه استحببت صدقته برأس المال وربحه، وإن علم أن تجره كان فيه ربًا أجبر على الصدقة بجميع ماله.

قُلتُ: ظاهره أنه يحكم عليه بذلك، والصواب أن ذلك فيما زاد على رأس ماله وأنه يؤمر بذلك ويعلم بأنه واجب عليه ولا يقضى عليه به كقولها فيمن قال: داري صدقة على المساكين في كتاب الهبات والعقوبة عندنا بالأدب لا بالمال إلا أن يكون قليلا ولا ينهض قياسه على بيع المسلم الخمر؛ لأنه مباشر ورب المال ليس كذلك إلا أن يكون بامره، وقوله: إن علم أن تجره كان فيه ربًا أجبر، كذا وقع في بعض النسخ الصحيحة بإثبات ربا وفي بعضها بإسقاطه وهو الصواب باعتبار المعنى والسلامة من التكرار.

التونسي: لا يجوز لمسلم إعطاء نصراني قراضًا، وقاله اللخمي وغيره، وفي ثاني سلمها: لا يجوز لمسلم أن يستأجر نصرانيًا إلا للخدمة، فأما لبيع أو شراء أو تقاض أو ليبضع معه فلا يجوز، ونحوه في شركتها، وفي ثاني سلمها: لا أحب لمسلم أن يدفع مالا قراضًا لذمي فظاهره الكراهة ويجب حمله على الحرمة.

الشَّيخ: عن محمد: لا خير في دفعه له بشرط ألا يشتري إلا سلعة كذا وهي موجودة كل زمان؛ لأن من استحل الربا استحل أن يخالف شرطك، فإن قارضه فسخ ورد للمسلم رأس ماله، ولما ذكر ابن حارث قول محمد قال: وقال ابن ميسر: لا بأس بأكل ما تجر فيه النصراني؛ لأنه ﷺ ساقى يهود خيبر[1] وكانوا ينفقون من أموالهم.

قُلتُ: لا يوجب هذا مخالفته قول محمد كما زعمه؛ لأن مال القراض على ملك المسلم.

التونسي: إن لم يتحقق أنه اشترى به خمرًا أو خنزيرًا تصدق بالربح احتياطًا، ولو

---

(1) أخرجه البخاري: 6/ 181 في المغازي، باب ما كان النبي ﷺ يعطي المؤلفة قلوبهم، ومسلم: رقم (1551) في المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع.

تحقق أنه اشترى به خمرًا أو خنزيرًا، لانبغى أن يتصدق بكل المال، انظر هل يضمنه؛ لأنه دخل على أحكام المسلمين، وأن لا يتجر إلا فيما يجوز لهم ملكه فهو متعد على إحدى الروايتين في منعه امرأته النصرانية من شرب الخمر وإتيان الكنيسة في غير الفرض؛ لأنها دخلت على هذا القول على حكمه.

وفيها: لا يمنعها من ذلك؛ لأنه من دينهم فيكون أباح له التجر فيما يجوز له التجر فيه في دينهم.

وفي نوازل سَحنون قيل له: إن دفع نصراني الآخر قراضًا فاشترى العامل بالمال خمرًا فأسلم رب المال والخمر قائمة بيد العامل وفيها ربح أولا فقال العامل: خذ خمرك، وقال رب المال: إنما آخذ ما قارضتك به وهو مال لا خمر، أو قال: ادفع لي الخمر أكسرها إذ لا يحل لي ملكها فقال الآخر: لا أدفع لك؛ لأنه يذهب ربحي، أو قال: انتظر بها الأسواق، قال: هي مصيبة نزلت برب المال فيعطى النصراني قدر فضله فيها منها ويهراق ما صار للمسلم.

ابن رُشْد: قول سَحنون في نوازله الثانية من كتاب المديان والتفليس في مركب الروم يرسى بساحل المسلمين ومعهم الخمر للبيع وغير ذلك لا يجبرهم السلطان على بيعها للعشر ويوكل من يتحفظ بها حتى إذا بيعت أخذ من ثمنها العشر معارض لقوله في هذه المسألة.

قُلتُ: قرر المعارضة في كتاب المديان بقوله: إذا قال هذا في مال القراض مع حجة صاحبه بأن يقول: إنما قارضته بمال لا بخمر فانتظر حتى ينض المال بأخذ رأس مالي وحظي من الربح، فأحرى أن يقوله في مال الحربي القادم للتجر بأمان فإنما يصح قول سَحنون في هذه المسألة على قول ابن وَهْب في سماع أَصْبَغ في التجارة بأرض الحرب، وما لأشهب في الموازيَّة من أن الحربي إذا قدم لتجارة لا يؤخذ منه ما صولحوا عليه من عشر أو غيره حتى يبيعوه كأهل الذمة.

وفيها: أيقارض عبده؟ قال: قال مالك: جائز.

قُلتُ: أيقارض أجيره للخدمة؟ قال: هو كالعبد، ونقلها أبو سعيد بلفظ لا بأس

أن يقارض عبده أو أجيره للخدمة إن كان مثل العبد، قال سَحنون: ليس الأجير كالعبد وهو في الأجير فسخ دين في دين.

عياض: قوله: جائز أن يقارض عبده وأجيره، وقول غيره: ليس الأجير مثل العبد ثبت في الأصول، ولابن المرابط عن ابن وضاح: ولم يكن في كتاب ابن عتاب وكتب عليه.

قال سَحنون: ليس هو مثل العبد يكره أن يقارض أجيره.

فضل: يريد لأن الخدمة غير التجارة فهو فسخ دين في دين.

ابن أبي زَمَنَيْن: لأنه إذا اشتغل الأجير بالقراض خفف عنه من عمل التجارة، فالتخفيف زيادة اشترطها على رب المال.

قال غيرهما: معنى قول ابن القاسم أن الأجير باق على خدمته لم ينحرف عنها ويتجر في خلافها، وقال يحيى بن عمر: إن كان أجيرًا في التجر جازت له مقارضته وإن كان للخدمة لم يجز كاستئجاره أن يدفع له القراض، وقال غيره: معنى قول ابن القاسم في أجير ملك جميع خدمته فصار كعبده، ويكون ما استأجره فيه يشبه عمل القراض وهو نحو قول يحيى.

قُلتُ: ففي مقارضته أجيره مطلقًا ومنعه، ثالثها: يكره، ورابعها بشرط بقائه على عمله وتجره في غير وقته، وخامسها: إن كان أجيرًا تجر وإلا لم يجز لابن القاسم في فهم سَحنون عنه، ونقل عياض عن الغير فيها مع أبي سعيد عن سَحنون وابن عتاب عنه وعياض عن بعضهم وعن يحيى بن عمر، والصواب إن كان على أن يفسخا عقد الإجارة ففاسد؛ لأن العامل ترك أجرًا معلومًا إن كان مناب باقي عمله بينًا أو مجهولًا إن افتقر لتقويم إلى عوض مجهول وهو حظه من ربح إن كان مع كون ربه فسخ عملًا في مخالفه، وإن كان مع بقاء الإجارة جاز كأخذه قراضًا ثانيًا من آخر، وتقدير غير هذين العوضين يفهم فساده من دليل فساد الأول.

وفيها: أكره أخذ المسلم قراضًا من ذمي للمذلة وليس بحرام، وتعدد العامل مع اتحاد العمل وجزء الربح لكل عامل الروايات بجوازه واضحة.

اللخمي: إعطاء مالين لرجلين في عقدين جائز ولو كان على الثلث لأحدهما والسدس للآخر لا بشرطه خلطهما، ولو خلطاه ولكل واحد منهما حظه، وإن كان بشرط رب المال والعمل بينهما بالسواء ففيها لا يجوز؛ لأن العاملين لو اشتركا على هذا لم يجز؛ لأن أحدهما يأخذ بعض ربح الآخر بغير شيء.

قُلتُ: لرب المال دفعه على النصف وأقل وأكثر فلم لا يجوز هذا بين العاملين وكأن رب المال جعل لأحدهما السدس وللآخر السدس وزاد أحدهما السدس؟ قال: ليس كذلك، ولكن كأن رب المال قال للعامل الذي عمل بالثلث: أعمل مع هذا على أن لك ربح بعض عمله اللخمي: القياس جوازه ومعارضته سَحنون صحيحة؛ لأن لرب المال مكارمة أحدهما ومكايسة الآخر.

قُلتُ: لا يلزم من جواز ذلك في انفرادهما جوازه مع شرط اجتماعهما لاحتمال أن ذا الجزء الأقل إنما رضيه لشرط عمل الآخر معه؛ لأنه اتجر معه.

عياض: قال فضل: ظاهرها أنه لو كان عملهما على قدر أجزائهما من الربح جاز، ونحوه لحمديس، وفي سماع أَصْبَغ: لا خير فيه، فإن عملا مضى.

قُلتُ: ظاهره أن قوله: إن عملا مضى؛ من المسموع، ولفظ السماع: لا خير فيه، قال أَصْبَغ: إن وقع فسخ ما لم يقع العمل، فإن فات كان على شرطهما في الإجزاء وللعامل فضل زيادة العمل الذي اشترط عليه بأجر مثله.

ابن رُشْد: كراهية ابن القاسم ذلك ضعيفة على أصله، في المدَوَّنة إذ لم يراع فيها اختلاف العاملين في التبصر بالتجر لقوله فيها؛ لأنه كأنه قال لأحدهما: اعمل مع هذا على أن لك ربح بعض عمله فالآتي على تعليلها جواز ما في السماع؛ لأن الشركة بين العاملين على هذا جائزة لو دفع إليهما المال على النصف من غير شرط فاشتركا على العمل فيه على الثلث والثلثين والعمل بينهما كذلك لجاز، وإنما تصح الكراهة في ذلك على مراعاة اختلاف العاملين في البصر، وعليه يأتي اعتراض سَحنون على ابن القاسم فيها وهو اعتراض بين؛ لأنه لو قارض كلا منهما بمائة على ذلك الجزء بانفراده فاشتركا في العمل بإذن رب المال دون شرط لوجب أن لا يكون لكل واحد منهما من الربح إلا

ما شرط لرب المال نصف إلخ المائتين ولمن قورض في المائة على الثلثين الثلث ولمن قورض في الأخرى على الثلث السدس، ووجه الكراهة على هذا أن العامل الأبصر لم يرض أن يكون له من الربح بقدر عمله إلا بما شرط عليه رب المال كأنه قال للمقصر: اعمل مع هذا على أن يكون لك من الربح ما له، وهذا القول أظهر؛ لأنه لو دفع إليهما المال قراضًا على غير شرط عملهما معا ثم اختلفا في قسم الربح لوجب قسمه على قدر ما كان يقارض به كلا منهما بحسب تبصره في التجر وقصوره.

قُلتُ: حمله قول ابن القاسم على الكراهة كعياض، فأما إن قارضهما معًا على أن حظيهما من الربح بينهما بالسواء سواء والعمل كذلك أو على أن يكون لأحدهما من الربح الثلث وللآخر السدس والعمل عليهما بقدر ذلك جاز على أصل قول ابن القاسم فيها، وكرهه في هذه الرواية إن فات بربح أو وضيعة مضى على شرطهما، وإن قارضهما على أن لأحدهما الثلث وللآخر السدس والعمل بينهما نصفين جاز على ما يدل عليه مذهب سَحنون في اعتراضه على قول ابن القاسم، وهو أظهر، ولم يجز على قول ابن القاسم، قال فضل: القياس على مذهبهما ردهما لقراض المثل؛ لأنها زيادة داخلة في القراض، وقياس مذهبه ألا يرد لإجارة المثل؛ لأنه قال فيها: كأنه قال لأحدهما: اعمل مع هذا على أن لك ربح بعض عمل هذا بما اشترط رب المال من المنفعة لأحدهما، فكأنه شرطها لنفسه لقرضه في جر النفع إليه، يبين ذلك قوله بعد هذا، وفي المدَوَّنة: إذا شرط على العامل أن يجعل معه من يبصره التجر، وقوله: إن كان كذلك يريد إن كان الشرط، وقوله: وللعامل فضل زيادة العمل الذي اشترط عليه بأجر مثله خلاف قوله فيها؛ لأنه لم يراع الشرط ولا أفسد به القراض إذ جعل الربح بينهما على شرطهما وأرجع من عمل بأكثر من جزئه من الربح بأجر مثله في الزائد وقصر الكلام فيه بين العاملين كالمتزارعين على الثلث والثلثين يستويان في العمل ويسلمان من كراء الأرض بما يخرج منها على مذهب ابن حبيب أنهما لا يحولان عن شرطهما.

وذكر التونسي سماع أَصْبَغ عن الموازيَّة وقال: ينبغي أن يكون هذا القراض فاسدًا؛ لأن ظاهر السؤال أن رب المال عاملهما على الفساد فيجب أن يكونا أجيرين

على قول ابن القاسم، وسلم له النصف في جوابه ولم يقسم الربح بين العاملين على قدر عملهم نصفين وجعل ما شرط لهما رب المال من أجزاء الربح، كأنه مال أخرجاه يقسم الربح وأرجع صاحب السدس بأجر مثله على صاحب الثلث وكان يجب أن يقسم الربح بينهما نصفين؛ لأنهما ليس لهما رأس مال إلا عملهما.

قُلتُ: ففي منع قراض عاملين بجزأين مختلفين على عملهما بالسواء قولها وقول اللخمي مع ابن رُشْد، وأخذه من اعتراض سَحنون قول ابن القاسم، وعلى الأول إن نزل ففي كونهما على قراض المثل أو الإجارة ثالثها: يقسمانه على شرطهما ويتبع الأقل حظا الآخر بفضل عمله لابن رُشْد عن فضل واختياره مع التونسي وقول أَصْبَغ، ونقل ابن عبد السلام: يتبع الأقل حظًّا بفضل عمله رب المال لا أعرفه، والقياس يبعده؛ لأنه إن صح بينه وبين ربه فلا اتباع وإلا فقراض المثل أو أجرته، وسمع عيسى ابن القاسم: إن قسم العاملان ما أخذاه معًا فتلف ما بيد أحدهما وأدى الآخر لزمه ما تلف من صاحبه.

ابن رُشْد: هو قول ابن الماجِشُون في الوصيين يضمن كل منهما ما بيده لرضاه برفع يد صاحبه وما بيده بتسليمه له، وكذلك المودعان والمستبضعان، ووجهه أنه حمل الأمر على أن رب المال أراد كونه بيد أحدهما برضى الآخر لامتناع كون جميعه عند كل منهما، فإن قسماه ضمناه، وإن سلماه إلى أحدهما لم يضمناه، وفي نوازل سَحنون: لا يضمنانه في قراض أو وديعة، وكذا البضاعة إذ لا فرق بينها وبينهما، وقاله أشهب وابن عبد الحكم في الوصيين، ووجهه أنه لما رضي كونه عند كل منهما برضى الآخر فقد رضي كون نصفه كذلك، وقول ابن القاسم أظهر؛ لأنهما إذا قسماه بتشاحهما اتهما على أنهما إنما فعلاه؛ لأنفسهما لا نظرًا لربه.

قُلتُ: نص ما في نوازل سَحنون: لا يجوز للعاملَين ولا للمودعين قسم المال، فإن فعلا لم يضمنا.

ابن رُشْد: فإن تشاحا فطلب كل منهما كون المال بيده أو بيد صاحبه ففي سماع

أَصْبَغ ابن القاسم: إن اختلفا عند من يكون منهما اتبع في ذلك قول ربه إذا حضر الاشتراء أحضراه، فإن اختلفا فيه أو في البيع فلابد أن يجتمعا ويتسالما وإلا رد المال لربه لا نظر للسلطان فيه، وهذا ما لم يقبض المال، فإن قبض فهو لمن دفعه ربه عند مقارضتهما إن دفعه إليهما جميعًا فجميعًا، وإن كان لأحدهما فلأحدهما لا مقال للآخر معه.

ابن رُشْد: دفعه لهما معًا مثل وضعه لهما معًا وليسا في منزل أحدهما ويقول: هذا وديعة عندكما أو قراض بأيديكما أو بضاعة عندكما ويذهب عنهما فيختلفان، وليس في قوله: إن دفع إليهما جميعًا فجميعًا؛ بيان، فيحتمل أن يريد أن لا مزية لأحدهما فيجعله الإمام عند من يراه منهما، ويحتمل أن يريد وهو الأظهر أن الإمام يقسمه بينهما على رواية علي في الوصيين يتشاحان، وليس قول ابن القاسم هذا على هذا التأويل ولا رواية علي بمخالفة لما اتفقت عليه الروايات من منع قسمهما المال، فالحاصل منعه اتفاقا، فإن قسماه ففي ضمانهما اختلاف، وإن تشاحوا عند من يكون منهما وربه غائب أو ميت ولم يدفعه لأحدهما ولا قبضه واحد منهما بعد أو قبضه دون إذن صاحبه أو دفعه إليهما معًا ولم يبن به واحد منهما أو بان به دون صاحبه أو دفعه إليهما معا فقيل: يقسم بينهما وهي رواية علي وظاهر سماع أَصْبَغ على الأظهر من التأويل، وقيل: يرفع للأعدل منهما وهي رواية الوديعة من المدَوَّنة في الوصيين، ويحتمل ألا يكون اختلافًا بأن الإمام يقسمه بينهما على رواية علي إن كان ذلك عنده نظرًا ويجعله عند أعدلهما على ما في المدَوَّنة إن كان هو وجه النظر، وذهب من أدركناه من الشُيُوخ إلى أن لهما أن يقسماه ابتداءً على رواية علي، وذلك لا يصح؛ لأن الإمام يفعل من ذلك ما يراه نظرًا ولا تهمة عليه فيه، وهما في اقتسامهما يتهمان وإن حضر ربه اتبع قوله فيمن يكون عنده منهما، وإن دفعه لأحدهما فهو أحق، وكذا إن كان قبضه أحدهما دون صاحبه فهو أحق، ويشبه في المدَوَّنة المودعين والمستبضعين والوصيين في جعل المال عند أعدلهما، وهو صحيح على ما بيناه أن المودعين إن اختلفا فيمن يكون المال عنده منهما وصاحبه غائب ولم يدفعه إلى أحدهما أنهما كالوصيين في جعله عند أحدهما أو يقسم بينهما على رواية علي، وقال

سَحنون: ليس المودعان كالوصيين؛ لأن المال لا ينزع من المودع ويجعل عند الأعدل كما ينزع من الوصي ويجعل عند الأعدل، ولا يصح قوله؛ لأن المال إذا صار عند أحد المودعين بغير إذن رب المال، ولا إذن شريكه فدعا شريكه إلى أن يكون عنده المال وصاحبه غائب وجب نظر الإمام في ذلك، فإن كان شريكه أعدل منه وضع عنده كالوصيين.

وفيها: مع غيرها نفقة العامل في سفره ذاهبًا وراجعًا ولو قرب في مال القراض غير اليسير.

الباجي: وروى محمد في الأربعين دينارًا النفقة ولو قرب السفر، ابن زرقون: في الموازيَّة أيضًا نفي التحديد، ولمالك في مختصر ما ليس في المختصر: السبعون يسير لا ينفق منها.

اللخمي: وعن مالك: ينفق منها إن كانت خمسين.

ابن رُشْد: في وجوبها في اليسير إن قرب السفر سماع عيسى ابن القاسم، وظاهر الواضحة ولم يحد في السماع ولا في الواضحة قدر اليسير ولا قريب السفر، وقليل المال يختلف بعضه أقل من بعض، وكذا قريب السفر إنما فيه الاجتهاد كما في الرواية، وروى أشهب لمن شخص بخمسين دينارًا النفقة، وما أقل ما تحمل هذه من النفقة إلى أن شخص إلى مكان قريب.

قُلتُ: ففي نفي تحديد أقل ما ينفق منه روايتان، وعلى الثانية في كونه أربعين أو خمسين أو ما زاد على السبعين ثلاث روايات: محمد واللخمي وابن شعبان.

وفيها: للعامل القريب بالفسطاط يقيم به نفقة، قال: لم أسمعه من مالك، وأرى إن احتبس العمل به أن ينفق، ونفقته طعامه وما يصلحه بالمعروف بقدر المال، وسمع القرينان: أيشرب الدواء ويدخل الحمام من مال القراض؟

قال: ما كانت هذه الأشياء يوم كان القراض إن قلم ظفره أو أخذ من شعره كان من القراض، أما الحجامة والحمام فخفيف.

ابن رُشْد: قوله: ما كانت هذه الأشياء يوم كان القراض؛ يريد: ما كان يؤخذ

عليها في الزمن الأول أعواض، والواجب الرجوع في كل ذلك للعرف في كل زمان وبلد ما العادة ألا يؤخذ عليه عوض لم يعط عليه من القراض، وما العادة أخذ العوض عليه وقدره يسير يتكرر جاز أن يعطى منه لدخول رب المال عليه لتكرره بخلاف الدواء.

وفيها أيستأجر أجيرًا يخدمه في سفره من مال القراض؟

قال: نعم، إن كان ينبغي له أن يستأجر والمال يحمل ذلك.

أبو عمر: قال الشافعي: لا ينفق في حضر ولا سفر إلا بإذن رب المال، ولأصحابه ثلاثة أقوال: هذا وقول مالك، والثالث: ينفق في السفر بقدر ما بين نفقة الحضر والسفر.

أبو عمر: والقياس الأول؛ لأنه لا يجوز القراض على جزء مجهول وإطلاق النفقة له يصير الحصة مجهولة، وربما اغترقت النفقة كثير المال ولم يكن ربح.

ابن عبد السلام: لا يبعد القول الثالث على أصول المذهب، وقد قيل في الوصي يخرج المحجور في سفر الحج دون ضرورة إن زيادة نفقة السفر على الحضر على الوصي.

قُلتُ: لا يخفى ضعف هذا التخريج؛ لأن السفر بالمحجور المذكور عداء، وسفر العامل جائز، ومماثلة المحجور الذي سفر وصيه به جائز، وجملة نفقة هذا على المحجور، ولا حاجة لهذا التخريج لقول اللخمي: قال القاضي: من سافر لأجل المال له النفقة والكسوة التي لولا الخروج بالمال لم يحتج إليها في الحضر، ومحمل هذا فيمن كانت مئونته في المقام من غلات أو متاجر يرجو حوالة سوقها، وأما المدير أو ذو صحة عطلها للسفر فله جميع النفقة والكسوة كقول مالك.

قُلتُ: ففي وجوب نفقته في سفره وإقامته بغير وطنه لتجر القراض ثالثها: القدر الزائد على نفقة إقامته، ورابعها: هذا إن كان في تجر احتكار، والأول إن كان في تجر إدارة للمشهور وأبي عمر والقاضي وتأويل اللخمي.

قوله: ونقل الصقلي عن القاضي رد قول الشافعي: لا تفقة له بالإجماع على ثبوتها قبله، ولا أعرفه في كتب الإجماع، إنما قال ابن القطان في إجماعه: أجمعوا على أن له نفقته

بالمعروف إذا سافر إلا الشافعي في أحد قوليه.

وفيها لابن القاسم: إنما يأكل من المال إذا شخص من بلده لا حين يشتري ويتجهز، ابن القطان: عن نوادر الإجماع: أجمعوا أنه لا يأكل من مال القراض إن لم يسافر به إلا الليث.

قال: له أن يتغذى منه إذا اشتغل به عن الانقلاب إلى أهله، ومثله قوله أبي عمر: أجمع الجمهور أنه لا ينفق في الحضر وهو يتعب في الشراء والبيع.

قُلتُ: وفي المدَوَّنة: قول الليث معزو له، وذكره ابن فتوح كأنه المذهب غير معزو لليث فقال: من تجهز في الحضر فليس له أن يأكل من مال القراض إلا أن يتغذى بالأفلس أو نحوها، وأسقط قوله: إذا اشتغل به عن الانقلاب إلى أهله، وفي النوادر إثر ذكر محمد قول الليث ما نصه: وأباه مالك.

التونسي: لا فرق بين اشتغاله في سفره وإقامته بالمال، ولعل الفرق بينهما إن أمره كذا جرى فيما مضى.

اللخمي: محمل قول مالك بسقوطها في الإقامة على أن عمل القراض لم يعطله عما كانت تقوم نفقته منه، ولو كانت له صنعة أو تجارة منها نفقته فعطلت لأجل عمل القراض كانت له نفقته كسفره، ومن عقد نكاحًا وهو بغير بلده ثم أخذ قراضًا فإن علم أن نيته البناء في غير البلد أو يبني ثم يخرج بها فأقام لأجل المال فله النفقة كالمسافر، وإن كانت نيته البناء بعد أن يخرج لأمر ثم يقيم إذا أتى لم تكن له نفقة، ومن تزوج بعد أخذه القراض وتزويجه لأجل مقامه للقراض لولاه لم يقم ولم يتزوج لم تسقط نفقته وإن كان ذلك؛ لأنه نوى المقام، وإن أخذ المال منه سقطت نفقته.

قُلتُ: الأظهر أن مطلق ابتنائه يرفع حكم سفره إن نازعه رب المال، وهو ظاهر لفظ التونسي إن تزوج في بلد لم تسقط نفقته حتى يدخل فحينئذ تصير بلده، وفي لفظ المدَوَّنة احتمال.

وفيها: أرأيت من ظعن للمدينة بقراض ليتجر به فتزوج وأوطن بها بها أتكون نفقته على نفسه حين أوطنها؟ قال: نعم.

قُلتُ: فظاهر قوله: أوطن بها، بعد قوله: تزوج بها؛ أن مطلق تزويجه ليس استيطانًا.

وفيها: لا نفقة له في رجوعه من غير بلده إليه محتجًا بها على سقوطها في خروجه من بلد له بها أهل إلى أخرى كذلك.

التونسي: للبرقي: عن أشهب: له النفقة في ذهابه ورجوعه دون مقامه في أهله.

اللخمي: محمله أن له عادة في خروجه لأهله، ثم خرج الآن قبل ذلك الوقت للمال فقط، وقول اللخمي: إن خرج لغير سبب المال كانت له في الرجوع دون الخروج خلاف متقدم نصها.

وفيها: من تجهز لسفر بقراض لرجل واكترى وتزود ثم أخذ قراضًا من آخر فله أن يفض النفقة على المالين كما لو أخذه قبل تجهزه أو كان المال له، وخرج اللخمي أخذه بعد تجهزه لقراض رجل على أحد قوليه إن خرج لحاجة أن النفقة تفض.

قال: وعلى قوله: لا شيء على الثاني إن خرج إلى أهله أو إلى حج أو غزو ولا يكون على القراض الثاني شيء، ولعياض فيها كلام لا زيادة فيه، وروى اللخمي: إن حمل المالان باجتماعهما النفقة ولا يحملانها بانفرادهما فله النفقة، والقياس سقوطها لحجة كل منهما بأنه إنما دفع ما لا تجب فيه نفقة وليس أخذه غيره معه بالذي يوجب عليه ما لم يكن واجبًا عليه وبقوله: لو علمت ذلك لم أعطه لك أو كأن أو أوافقك بجزء أقل من الأول، وكذا لو كان الأقل أحدهما لم أر فيه شيئًا أخذهما مجتمعين أو مفترقين.

قُلتُ: لا أعرف هذه الرواية لغيره ولم أجدها في النوادر وهي خلاف أصل المذهب فيمن جنى على رجلين ما لا تبلغ جنايته على كل منهما ثلث الدية وفي مجموعهما ما يبلغه أن ذلك في ماله لا على العاقلة، قال: وكون النفقة على قدر المالين هو قولها، ويتخرج كونها بالشراء على كونها بالسوية على الأولاد المختلفي اليسر، وأرى أن يكون كلفة الطريق من كراء الركوب ونفقته وكسوته بالسواء، وكذا نفقته بعد وصوله حين اشتغاله بالمالين، فإن انقضى شغله بأقلهما دون الآخر كان الزائد عليه وحده إلا أن يكون سفره ورجوعه في رفقة ولا يقدر على الرجوع عند انقضاء أقلهما فلا يزاد على

الآخر، ورد ابن عبد السلام تخريجه على نفقة الأولاد بأن موجبها البنوة واليسر شرط والبنوة لا تختلف.

قُلتُ: يتخرج من كون الشفعة على الرؤوس ولا سبب إلا المال.

وفيها: قيل لمالك: عندنا تجار يأخذون المال قراضًا يشترون به متاعًا يشهدون به الموسم ولولا ذلك ما خرجوا ألهم نفقة؟

قال: لا نفقة لحاج ولا لغاز في مال القراض في ذهاب ولا رجوع.

اللخمي: لم يصدقهم أن خروجهم للمال، ورأى أن الغالب كون السفر للحج وغيره من باب الظن، ولو قام دليل صحة ذلك كالفقير العاجز عن السفر أو غير ذلك من الأدلة لكانت النفقة على قدر نفقته وقدر مال القراض.

الباجي: جمهور أصحابنا: لا نفقة في سفر الحج والعزو، وقال محمد: له النفقة ذاهبًا وراجعًا.

قُلتُ: فاختيار اللخمي ثالث.

الصقلي: فيها لمالك: إن خرج لحاجة لنفسه فأعطاه رجل قراضًا فله أن يفض النفقة على مبلغ قيمة نفقته ومبلغ القراض.

قال محمد: هذا استحسان ونحن نقف عنه، وأخبرنا ابن عبد الحَكم أن لا نفقة له وهو أحب إلينا.

اللخمي: من أخذ قراضًا وكان خارجًا لحاجته فمعروف المذهب: لا شيء له كمن خرج إلى أهله، وقال أيضًا: ينظر قدر نفقته في سفره، يجعل كأنه رأس مال وتفض النفقة على قدره من قدر القراض ويلزم مثله فيمن خرج لحج أو غزو.

قُلتُ: جعل معروف المذهب خلاف نصها، ومثله سمع ابن القاسم.

ابن رُشْد: ومعناها أنه خرج لحاجة نفسه لا لتجر بماله، ومثله فيها: فض النفقة على نفقة مثله ومال القراض، وفي الموازيَّة: يجعل قضاء حاجته رأس مال تفض النفقة عليه وعلى القراض، ولسَحنون مثل قول ابن عبد الحَكم.

قال التونسي: لعل ابن القاسم أراد أنه خرج لإصلاح ضيعته، ولو خرج الزيادة أو

لغير إصلاح ماله لم يكن على مال القراض شيء.

وفيها: له أن يكتسي منه في بعيد السفر إن حمل المال ذلك لا في قريبه إلا أن يقيم بموضع يحتاج فيه إلى الكسوة.

الصقلي: عن محمد: ليس في كثرة المال حد، والأربعون عندي كثير.

الباجي: روى محمد: له في الأربعين قراضًا أو بضاعةً النفقة والكسوة في بعيد السفر، وسمع عيسى ابن القاسم: إن كثر المال وقرب السفر كدمياط فله الطعام لا الكسوة إلا أن يريد المقام للشراء الشهرين والثلاثة، وفي الموازيَّة: إن سلب فله أن يكتسي من مال القراض، وفي كون البضاعة كالقراض في النفقة والكسوة وسقوطهما فيها ثالثها: الكراهة لسماع ابن القاسم مع رواية محمد وابن رُشْد عن سماع القرينين ورواية أشهب، وصوب هو واللخمي والصقلي الثاني قائلا: إن كان خروجه لها فله أجرة ونفقة، وإن خرج لتجر نفسه فبعث معه بضاعة أو مالا لشراء سلعة فعرفنا أن لا شيء له فيجب الحمل عليه.

اللخمي: العادة اليوم لا نفقة ولا كسوة منها، إما أن يعمل مكارمةً فلا نفقة له أو بإجارة معلومة لا شيء له غيرها.

وفيها: إن قال: أنفقت في سفري من مالي مائة درهم لأرجع بها في مال القراض؛ صدق ولو خسر ورجع بها في المال إن أشبه نفقة مثله، ولو ادعى ذلك بعد المقاسمة لم يصدق، وفي سماع ابن القاسم: يحلف ويقبل قوله.

الصقلي: الأول أشبه كمدعي الغلط بعد الدفع.

ابن رُشْد: لأن دفع ماله إليه كالإقرار ألا حظ له فيه.

وفيها: له أن يرد ما بقي بعد النفقة لصاحبه.

قُلتُ: الصواب عليه لا له، وسمع ابن القاسم: ما يفضل عند المقارض إذا قدم من سفره كالجبة لا يؤخذ منه.

ابن رُشْد: كقول سَحنون في نوازله: لا تؤخذ منه الثياب التي اشترى لسفره إلا أن يكون لها قدر وبال، وقال: ومثله لمالك في الموطأ، وهو استحسان لا قياس ليسارة

ذلك مع العرف الجاري على قوله في القذف منها في كسوة السنة للمرأة، ثم يموت أحد الزوجين قبل السنة استحسن ألا تتبع المرأة بشيء من ذلك لباقي السنة بخلاف النفقة.

قُلتُ: وقول جهادها ما فضل معه بعد أن رجع إلى بلده من طعام أخذه من الغنيمة بغير إذن الإمام يأكل القليل ويتصدق بالكثير ليس بخلاف قولها في نفقة العامل؛ لأن طالبها معين وفي الجهاد مبهم، وفي الموطأ: إن بقي بيد العامل من المتاع الذي يعمل فيه خلق القربة والثوب وشبه ذلك.

قال مالك: كل شيء من ذلك تافه لا خطب له للعامل، لم أسمع أحدًا أفتى برد ذلك إنما يرد ما له ثمن كالدابة والجمل والشاذكونة وشبهه.

أبو عمر: عن سَحنون إنما يترك له مثل الحبل والقربة.

الباجي: عن محمد: وكالغرارة والإداوة.

الباجي: ومثل هذا المطلقة والحامل المطلقة تضع وعليها بقية كسوة.

الباجي: روى محمد: شرط إسقاطها بما تجب فيه لا يجوز.

ابن القاسم: إن وقع فهو أجير، وسمع ابن القاسم: من خرج بماله وقراض فقال لربه: أنفق من مالي لا من مالك لا يعجبني كقوله ذلك عند دفعه، وليعمل والنفقة عليهما، وفيه تفسير عيسى، وهو إن كان قبل تجهزه وشرائه فلا خير فيه، وإن كان بعد ذلك فلا بأس به.

ابن رُشْد: تفسيره صحيح، فإن قاله عند دفعه المال أو عند خروجه والمال بحاله كره له ولم يفسخ إلا أن يكون كالشرط، وإن قاله بعد شرائه وتجهزه جاز ولزم على القول بلزوم العدة.

قُلتُ: ظاهر قول عيسى: لا خير فيه فسخه وإسقاطها حيث يجوز كعطية من العامل وتقدم حكمها، وفساده بفوت شرط صحته أو قيام مانعها تقدم من ذلك جملة.

وفيها: إن أخذه على أن لربه درهمًا من الربح وما بقي بينهما فسد وللعامل أجر مثله، ابن حبيب: ما خف من الزيادة يكره بدءًا، فإن نزل مضى على شرطهما.

الصقلي: ظاهره سواء شرطها أحدهما لنفسه فقط أو للمال وهو غير معتدل عند

مالك؛ لأنه لا يجيز زيادة أحدهما شرط درهم على جزء، فهو خلاف قول مالك، وفي المقدمات: يجب فسخ فاسده ويرد المال لربه، واختلف إن فات بالعمل فيما يجب للعامل، ثم قال: بفسخ فاسده قبل العمل وبعده رد لقراض مثله أو أجرته بخلاف المساقاة ما يرد منها لمساقاة المثل لا يفسخ، قاله ابن حبيب، ومثله في الموازيَّة، وفسخ ما يرد لإجارة مثله بعد العمل يرد السلع لرب المال وللعامل أجر شرائها وفسخ ما يرد لقراض مثله لا يكون برد العروض لرب المال، وحكى عبد الحق عن بعض شُيُوخ صقلية أنه لا يفسخ بعد العمل كالمساقاة؛ يريد: أنه إذا عثر عليه وهو في سلع أنها لا ترد، ولا يجبر على بيعها إلا على ما يرجو من أسواقها التي ابتاعها عليها لا أنه يتمادى على العمل بعد نض المال، فليس قوله على هذا بخلاف لما في الواضحة والموازيَّة، والمساقاة التي ترد إلى مساقاة المثل إن عثر عليها بعد العمل لا تفسخ إلا بانقضاء مدتها ولو كانت أعوامًا، وإنما فارقت القراض؛ لأن لها أجلًا زمانيًا والقراض لا أجل له زماني بعد نضوضه فهو مستويان في وقف فسخهما على انتهاء أمدهما.

قُلتُ: نحوه للباجي، وزاد فيه: ما يرد إلى مثله إن ابتاع بيسير المال الذي لا خطر له فهو كمن لم يشتر شيئًا، وإن اشترى باليسير وبقي الكثير فهو على قراض مثله فيما عمل ويترك الباقي.

وفيها: إن أخذ قراضًا على أن يسلفه رب المال سلفًا كان أجيرًا، وكل الربح لرب المال؛ لأن السلف زيادة للعامل، وما لم يشترط فيه زيادة لأحدهما من فاسده ففيه إن نزل قراض مثله كالقراض على ضمانٍ أو لأجلٍ فلا ضمان فيه، وفيه قراض مثله، وإن شرط على العامل إخراج مال مثل مال القراض فعمل به مع مال القراض، وله ثلاثة أرباع الربح لم يجز؛ لأنه نفع اشترطه رب المال.

ابن رُشْد: في رد كل فاسده لقراض مثله، أو أجر مثله ثالثها: ما لم يكن أكثر من الجزء المسمى إن كان ذو اشترط ربه، وما لم يكن أقل منه إن كان العامل ورابعها: في كل منفعة اشترطها أحدهما داخلة في المال غير خالصة لمشترطها وأجر مثله في كل منفعة اشترطها أحدهما خارجة عن المال خاصة لمشترطها لأشهب مع ابن الماجِشُون

وروايته وعبد العزيز بن أبي سلمة، وللآتي على رواية محمد في القراض بالضمان أن له الأقل منهما، وابن حبيب مع أَصْبَغ، وابن عبد الحَكم، وابن نافع ومُطَرِّف وابن القاسم وروايته، وكان يمضي لنا عند الشَّيخ أبي جعفر ابن رزق أن الآتي على قول ابن القاسم فيها رده لإجارة مثله إلا في سلع قراض العرض والضمان وإلى أجل والمبهم أو على شرك، وحلفهما لعدم شبه قول أحدهما في اختلافهما ودفعه على أن لا يشتري إلا بالدين فاشترى بالنقد أو على أن لا يشتري إلا سلعة كذا وهي غير موجودة فاشترى غيرها فهذا خامس، والصحيح حملها على التفصيل الذي حكاه ابن حبيب عن ابن القاسم وروايته واختاره، وهذا التفصيل استحسان على غير قياس، ومقتضى النظر رده لقراض مثله أو إجارته دون تفصيل، وما قاله ابن زرقون لا حظ له في قياس ولا استحسان.

قُلتُ: قوله: تفصيل ابن القاسم استحسان غير قياس؛ قاله القاضي قبله، وحكاه الصقلي.

عياض: مذهبها رده لأجر مثله إلا في تسع فأسقط مسألة اختلافهما وزاد مسألتي القراض بدين يقتضيه والقراض على أن يشتري عبد فلان، وعد مسألة المبهم وعلى شرك مسألتين.

قال: ومسألة اختلافهما ليست من فاسده، وذكر الأربعة الأقوال غير قول ابن رزق، وقال: والخامس قول ابن نافع في كونه إلى أجل أنهما يمضيان على قراضهما ويسقط شرط الأجل وهو جار على بيع وشرط واستبعد، والسادس له في شرح ابن مزين لمشترط الزيادة طرحها ويمضيان على قراضهما، فإن أبى بطلت ورد لإجارة مثله.

ابن شاس: في رد فائت فاسده لقراض المثل أو إجارة المثل، ثالث الروايات منه ما يرد للأول ومنه ما يرد للثاني، وتبعه ابن الحاجب في عزو الثاني لمالك وهما تابعان.

الباجي والصقلي في عزوه لرواية القاضي: وإنما عزاه الأكثر لابن حبيب وابن رُشْد لعبد العزيز حسب ما تقدم.

ابن رُشْد: ما رد لإجارة المثل المشهور تعلقها بذمة رب المال، وقال ابن حبيب: بربح المال إن لم يكن لا أجرة له بعيد وعلى الأول في كونه أحق بالربح من الغرماء أو لا

قولان لها عند بعضهم متأولًا قولها على أنه دفع المال، وخرج من يده، وللموازية مع ظاهرها على قولي أشهب وابن القاسم في عدم افتقار الرهن إلى التصريح به وافتقاره إليه، وقراض المثل إنما يتعلق بالربح، هذا معروف المذهب، وللقاضي عن ابن القُصَّار: يحتمل على قول مالك أن يكون له ما يساوي قراض مثله وإن كان في المال وضيعة، قال القاضي: فالفرق بينهما على هذا أن إجارة المثل متعلقة بالإطلاق وقراض المثل متعلق بالشرط الذي شرطاه، وتفسيره أن يقال في الإجارة: لو استأجر رب المال من عمل له هذا العمل كم تكون أجرته فيكون ذلك للعامل، ويكون في القراض: إن كان العامل رضي بجزء كذا على هذا الشرط الفاسد كم ينبغي أن يكون له فما قيل هو قراض المثل؟ فقراض المثل على تأويل أبي الحسن راجع إلى إجارة المثل إنما يختلف ذلك على تأويله في صفة التقويم وهو بعيد.

قُلتُ: الفرق بينهما على قول غير ابن القُصَّار واضح؛ لأن الإجارة العوض فيها محقق للعامل ويفرض له بقدر عمله لأجل معلوم وهو ما آل الأمر إليه، والقراض العوض فيه يحتمل الثبوت لتعلقه بالربح المحتمل الثبوت والنفي فلذلك يكون العوض في القراض أكثر منه في الإجارة وكذا على رأي ابن القُصَّار؛ لأن ظاهر قوله أن العوض عنده إنما هو في المال لا في ذمة ربه والنافي لحصوله على رأيه أقل منه على رأي الجمهور؛ لأنه لا يبطل عقد بالوضيعة فضلًا عن عدم الربح ويبطل بتلف كل المال، وعند الجمهور يبطل ولو بعدم الربح، ففضل حظ العامل في قراض المثل على حظه في إجارة المثل على رأي الجمهور أعظم منه على رأي ابن القُصَّار بحسب عادة أهل العمل في التجر فتأمله، وقول ابن رُشْد: قراض المثل على تأويل ابن القُصَّار راجع إلى إجارة المثل إلخ غير صحيح؛ لأن مقتضى ما فرق به القاضي على رأي ابن القُصَّار أن الواجب في الإجارة قيمة العمل الحاصل من العامل لا بقيد اعتبار ما قارن العقد من الأمر الموجب للفساد، وفي قراض المثل قيمة عمله بقيد اعتبار ما قارن العقد من الأمر المذكور وقدر العوض فيهما يختلف بحسب كون الأمر المذكور للعامل أو عليه، وقال ابن شاس: قال القاضي من أصحابنا: من يجعل قراض المثل مع الربح وعدمه ويفرق

بينهما بأن يجعل حظ العامل بقدر ما يساوي عمله مما رضيه عوضًا لو صح العقد فيكون له بقيمة ذلك.

قُلتُ: اللفظ الذي حكاه ابن رُشْد عن القاضي في تفسير كلام ابن القُصَّار أبين من اللفظ الذي حكاه ابن شاس، فواجب تفسيره به لبيانه واتحاد قائله، ومن في مما رضيه في لفظ ابن شاس الأقرب أنها سببية، وقوله: رضيه عوضًا؛ أي: شرطًا، وقوله: بقيمة ذلك؛ أي: بقيمة عمله راضيًا بما شرط، وعبر عنه ابن الحاجب بقوله: قيل كلاهما في الذمة فيقدر تقويم جزء الربح لو صح العقد، وهذا أيضًا يجب تفسيره بذلك لاتحاد المنقول عنه وتقريره مصرحا أي بما أضمر فيه، أي فالواجب للعامل كائن بقدر تقويم عمل جزء الربح معتبر فيه ما دخلا عليه لو صح ذلك فيه، وإضافته العمل لجزء الربح إضافة السبب للمسبب.

وقال ابن عبد السلام: معناه أن الفرق بينهما من حيث الكثرة والقلة؛ لأن الشروط في القراض توجب فساده وصعوبة العمل على العامل ولا سيما إن كانت على العامل، فإذا أوجبنا إجارة المثل قدرنا عوض العمل مجردًا عن تلك الشروط، إذ لو عثر على القراض قبل تمامه لفسخت الإجارة على ظاهر المذهب لأجل تلك الشروط فلا يكون لها عوض، وفي قراض المثل يعتبر عمل العامل بقيد تلك الشروط إذ لو عثر عليه بعد شغله وقبل تمامه لحكمنا فيه بالتمادي فينتج ذلك كثرة العوض وقلته، وهذا نحو ما قررناه إلا أنه بناه على وجوب فسخ الإجارة إذا اطلع عليها قبل التمام وعدم فسخ القراض إذا اطلع عليه قبل التمام، وفيه نظر؛ لأن الفرض أنه إنما طلع عليهما بعد التمام، وتقدم جواز خلطه بما بيده وله أو لغيره ومنع شركته به، وينبغي تقييد خلطه بما لم يخالطه حرام أو شبهة والمال الذي تحفظ في كسبه، وسمع عيسى رواية ابن القاسم: إن زعم عامل بمالين أنه ربح خمسين دينارا لا يدري لأيهما هي فلا شيء له، ولكل من صاحب المالين خمسة وعشرون.

ابن رُشْد: هذا خلاف سماع عيسى في رسم يوصي من كتاب الدعوى والوديعة يقر بها لرجلين لا يدري لمن هي منهما أنهما يحلفان ويقتسمانها بعد أيمانهما بخلاف إقراره

بدين كذالك يحلفان ويغرم لكل منهما دينه، وعلى قوله في الدعوى يكون للعامل خمسة وعشرون ويحلف الرجلان ويقسمان الخمسة والعشرين الباقية إن ادعى كل منهما أن الربح من ماله وبغير يمين إن قال كل منهما: لا أدري؛ ولم يدع على صاحبه أنه يدري، ولو ادعى كل منهما على صاحبه أنه يعلم أنها ليست من ماله حلف كل منهما أنه لا يعلم أنها من مال صاحبه واقتسماها إلا أن يسلمها أحدهما لصاحبه، ولو قال أحدهما: هي من مالي، وقال الآخر: لا أدري، ولم حلف على صاحبه أنه يدرى ولو ادعى منهما على صاحبه قيل لمن قال: لا أدري؛ احلف أنك ما تدري، فإن حلف حلف الآخر أنها من ماله وأخذها، وإن نكل من قال: لا أدري؛ أخذها الآخر دون يمين، فإن نكلا معا اقتسماها، وسمع عيسى ابن القاسم في كتاب المديان أنه ليس عليه أكثر من المائة التي أقر بها يقتسمها الرجلان بعد أيمانهما أو نكولهما، فإن نكل أحدهما اختص بها الحالف ففي غرمه ما أقر به لكل منهما في الوديعة والدين أو لمجموعهما ويقتسمانه بعد أيمانهما، ثالثها: الفرق بين الذمة والأمانة للآتي على قوله في القراض؛ لأنه إذا أوجب عليه ذلك فيما ليس في ذمته فأحرى فيما في ذمته وللآتي على سماع عيسى في كتاب المديان على وجه أحروي ولسماع عيسى ابن القاسم في كتاب الدعوى، وفي نوازل سَحنون: من أخذ قراضًا على النصف من رجل ومن آخر قراضًا على الثلث فاشترى سلعتين بثمنين مختلفين بكل مال على حاله فلم يدر أيتهما الرفيعة الثمن وفي إحداهما ربح وفي الأخرى وضيعة، فقال كل منهما: المشترى بمالي الرفيعة؛ لا ضمان عليه كمودع مائة لرجل وخمسين لآخر فنسي رب المائة، وادعاها كل منهما فإنهما يحلفان عليها ويقتسمانها وتبقى الخمسون بيده ليس لها مدع، ومن قال: يضمن المودع لكل منهما مائة إن ادعى أن وديعته مائة؛ فمسألة القراض كذلك.

ابن رُشْد: قوله: فلم يدر أيهما الرفيعة الثمن؛ يريد أنه التبس عليه الأمر فلم يدر السلعة الرفيعة التي فيها الربح من أي مال هي، إذ لو التبس عليه الأمر فلم يدر أيتهما الرفيعة التي فيها الربح من الوضيعة التي لا ربح فيها وعلم من أي مال اشترى كل سلعة لما صح تداعي صاحبي المال الرفيعة ولوجب كونها من المال الذي قال العامل

إنها منه دون اختلاف، وقوله: كمودع - إلى قوله: ليس لها مدع - يقتضي أن لا ضمان على العامل بنسيانه، وتبقى السلعة الأخرى بيده إلى أن يكذب أحدهما نفسه في دعواه السلعة الأولى ويقول: هي التي اشترى من مالي؛ فتكون من ماله وتخلص الأخرى لمال صاحبه، وقيل: لا يقبل قول واحد منهما فيها بعد إنكارهما، وقيل: تكون لهما بإقرار المقارض أنها لأحدهما، وإن كانا متماديين على إنكارهما وقول سَحنون: لا شيء على المقارض بنسيانه جارٍ على سماع عيسى فيمن أقر بوديعة لأحد رجلين لا يدري لمن هي منهما لا شيء عليه وهي بينهما بعد أيمانهما، وكقول ابن كنانة فيمن أخذ من رجلين ثوبين على أنه بالخيار في كل ثوب منهما فيردهما ويجهل ثوب هذا من ثوب الآخر ويدعيان جميعا أحدهما وينكران الآخران ما ادعياه بينهما بعد أيمانهما ويبقى الآخر بيد المشتري حتى يأتي له طالب ويأتي على ما تقدم في سماع عيسى في المقارض بمالي رجلين يربح خمسين لا يدري من أي المالين هي أنها لصاحبي المالين، ولا شيء له أن يضمن لكل منهما الثمن الذي اشترى به السلعة من ماله، وفي رسم سماع أبي زيد ابن القاسم أنهما مخيران بين أن يضمناه السلعتين ويأخذا أموالهما وبين أن يأخذا السلعتين فتباع لهما فيأخذ كل واحد منهما رأس ماله والعامل ربحه إن كان فيهما ربح، وقال عن ابن كنانة كقول ابن القاسم خلاف ما تقدم عنه في مسألة اختلاط الثوبين في الخيار، وقال عن ابن القاسم: إلا أن تكون قيمة السلعة الأدنى أكثر من الثمن الذي اشترى به السلعة الأعلى كذا فلا خيار لهما في تضمينه وتكون السلعتان على القراض على قدر أموالهما، وقال محمد: إن اتفقت قيمتهما فلا حجة لصاحب الأكثر على صاحب الأقل ولا على العامل، وإن اختلفت غرم العامل فضل قيمة الرفيعة على الدنية لادعاء كل منهما الرفيعة وهو يرجو ذلك والعامل لا يدفعها وإنما يعتبر قيمتها اليوم، وهو نحو سماع أبي زيد، وزاد التونسي عن ابن القاسم: إن كان مال أحدهما عشرة ومال الآخر عشرين فلا ضمان على العامل ويباعان فيأخذ كل واحد رأس ماله ويقسمان الفضل على قدر رؤوس أموالهما وللعامل من كل ربح جزؤه، وذكر ما تقدم لمحمد وقال: وقوله: يقسمان الربح على رؤوس أموالهما؛ ليس هذا حكم التداعي؛ لأنه لما دفع أحدهما عشرة والآخر عشرين

وأمكن أن تكون التي بأربعين مشتراة بالعشرة أو بالعشرين وجب إذا بيعت بأربعين أن يقول ذو العشرة: هي لي ربحنا فيها ثلاثين نصفها لي وللعامل نصفها، ويقول ذو العشرين مثل ذلك فيدعي من ربحها عشرة فيقال له: قد سلمت خمسة لذي العشرة فيأخذها وتقسم بينهما العشرة الباقية لادعاء كل منهما أنها له فيجب لذي العشرة عشرة، وعلى مذهب مالك يجب أن تقسم الخمسة عشر على خمسة أجزاء لذي العشرة ثلاثة؛ لأنه يدعي خمسة عشر ولذي العشرين اثنان؛ لأنه يدعي عشرة.

قُلتُ: فيما قاله نظر؛ لأن قسم التداعي إنما هو فيما يدعيه كل منهما دون ثبوت موجب شركتهما في المدعى فيه، فإن ثبت وجب قسمه بينهما على مقتضى الشركة، قاله اللخمي في مسألة اختلاط دينار بمائة في كتاب تضمين الصناع إذا ثبت هذا فقول ابن القاسم هو الصواب؛ لأنه قسم فيما ثبت فيه موجب الشركة وتقرير ثبوته أن الغالب عدم حضور رب المال لابتياع العامل بعين ما دفعه له، ولو حضره فدعواه أن الشراء كان بعين ماله باطلة؛ لأن العين بعد الغيبة لا تعرف بعينها، وكون شرائه كان بنفس دفعه له بعيد، والرواية يجب حملها على الغالب فكل منهما لا يدعي تحقيق كون الشراء بعين ماله فصار ذلك كاختلاط ماليهما وذلك يوجب شركتهما في المالين بقدر ما لكل منهما، وقبل الصقلي إجراءه على قول ابن القاسم قال: وعلى قول مالك في اختلاط دينار بمائة أن الضائع منهما بينهما على قدر أموالهما يجب كون الربح هنا على قدر أموالهما لاحتمال كونه في مال كل منهما بدلا عن الآخر كما قال في تلف الدينار لاحتمال كونه من مال كل واحد منهما بدلا عن الآخر، فإن قيل: قد ثبت أنه إن تلف الدينار قبل طلب تعين ما لكل منهما فهو محل التداعي وكل ما تلف بعد طلب التمييز وتعذره فهو محل وجوب الشركة، وكلما كان كذلك اتضح قول التونسي وبطل تعقبه.

بيان الملازمة أن ظاهر الأسمعة والروايات أن الربح المتنازع فيه حصل قبل طرو الالتباس على العامل مع قاعدة معروف المذهب أن الربح يعد حاصلا يوم الشراء، وهو مثل التالف المتنازع فيه فوجب كونه كالتلف قبل التمييز وهو محل التداعي والملزوم حق فاللازم مثله، أجيب برد الملازمة بأن الموجب لتقرر التداعي في التلف

ليس مجرد تعديه على طلب التمييز لذاته بل لكونه لنفي الشركة، ودليلها ومسألة القراض ليست كذلك ضرورة ثبوت الشركة بين المتداعيين وقيام دليلها وهو قسم أصل الربح بينهما والقسم ملزوم للشركة قطعًا فالتعقب وارد وهو مصح لما في الرواية.

الصقلي: عن بعض القرويين على قول ابن القاسم: إن تعمد البيع لأجل بيع الدين وضمن الخسارة، وفي الموازيَّة: إن أسلم في طعام أو غيره غرم رأس المال، فإذا حل أجل السلم بيع والربح للقراض والخسارة على العامل، وتقدم جواز خلط العامل مال القراض بماله أو مال غيره ومنع شركته وينبغي منع خلطه بما فيه حرام أو شبهته بمال ذي تحفظ في كسبه.

اللخمي: له خلطه بماله إن قدر على التجر بهما، وإن عجز عن التجر بالزائد عليه منع من خلطه، فإن تجر في الثاني وعطل الأول فلا شيء عليه على المشهور، وعلى القول الآخر يغرم قدر ما حرمه من الربح، وإن تجر في الأول واشتغل بالثاني عن بيع الأول حتى نزل سوقه أو فسد ففي ضمانه نقصه أو كله إن فسد القولان، وأخذه قراضًا بعد قراض جائز إن قدر على التجر بهما وإلا منع من التجر بالثاني، فإن فعل ففي ضمانه لترك الأول أو نزول سوقه أو فساده ما تقدم، وإن اشتغل بالأول ضمن ذلك في الثاني إن لم يعلم ذلك الثاني أن بيده قراضًا لغيره أو أعلمه ولم يعلمه عجزه عن القيام بالمالين.

وفيها: لا يبيع بالنسيئة إلا بإذن ربه، فإن فعل دونه ضمن، قال ابن القاسم: إن نهيته عن شراء سلعة في عقد القراض الصحيح أو بعده وقبل أن يعمل فاشتراها فهو متعد ويضمن، ولك تركها على القراض أو تضمينه المال ولو باعها فالربح بينكما على شرطكما، والوضيعة عليه فقط، وكذلك إن تسلف من المال ما ابتاع به لنفسه.

الصقلي: عن الشَّيخ المقارض إنما أذن له في حركة المال لتنميته إن تعدى فيه ضمن نقصه ولم يختص بنماه كالوكيل والمبضع معه، وقول ابن عبد السلام: ذهب بعضهم إلى أن العامل يختص بكل الربح في مسائل الضمان بسبب مخالفته؛ لأنها توجب انتقال مال القراض إلى ذمته، وذلك موجب لكونه مالكًا للربح؛ لا أعرفه، وما أبعده لكونه ذريعة

لأكل مال الغير وتهييجًا على التعدي إنما قاله اللخمي بتفصيل مناسب، قال: إن تعدى في الوقت الذي أذن في حركة المال فيه فالربح للقراض، وإن كان في وقت لم يؤذن في حركته فالربح للعامل ويضمن الخسارة والتلف مطلقا، فإن أخذه ليعمل به في البلد في صنف معين فتجر في غيره مع تيسره فالربح للقراض، والقياس أن له الأقل من المسمى أو قراض المثل وإن تجر لنفسه في عين لا يمكنه التجر في الصنف المعين اختص بالربح، وكذا إن تجر في الصنف المأذون فيه ثم باعه ثم اشترى غيره وربح فيه وكان أخذه على نضة واحدة فالربح الثاني له إلا أن يحبسه عن ربه فيكون كالغاصب يتجر بمال الغصب، وإن أخذه للتجر به في بلد آخر ويبتدئ الشراء من موضعه فالربح للقراض، وإن كان الشراء به في البلد الخارج إليه فاشترى قبل خروجه ما باعه هناك فالربح له، وإن تجر بعد وصوله وتيسر التجر له فيما سمى له فالربح للقراض على ما سميا، ولو عدم الصنف المأذون فيه في ذلك البلد أو تغير سوقه لما لا فائدة فيه وما يعلم أن رب المال لا يشتريه بذلك السعر لاختص العامل بربحه، ولو كتب لرب المال بغلاء ذلك الصنف فكتب له بأن لا يشتريه فاشتراه لنفسه فالربح له والوضيعة عليه، وإن اشتراه لربه فالربح للقراض والخسارة على رب المال؛ لأنه لم يكن له عزله بعد سفره ووصوله، ابن حارث: اتفقوا أن ربح الغاصب فيما غصبه من مال أو سرقة له وخسارته عليه الصقلي عن بعض القرويين على قول ابن القاسم إن تعدى بيع الأجل بيع الدين وضمن خسارته.

وفي الموازيَّة: لو أسلم في طعام أو غيره غرم رأس المال، فإذا حل أجل السلم بيع وألزم القراض والخسارة على العامل ولو جحد عامل القراض بعض الربح وتجر به فربح ففي كون ربحه له أو للقراض، ثالثها: إن كان عند مفاصلتهما، فإن كان في أثناء عمله فللقراض لابن الماجِشُون ومحمد وابن ميسر وهو الصواب، وتعديه في الفاسد كالصحيح في ضمانه به.

اللخمي: إن قارضه على أن يشتري عبد فلان ففاسد، فإن اشترى غيره لنفسه لامتناع سيد العبد من بيعه فالربح له، وإن تجر لنفسه قبل طلبه وعلم أنه كان يبيعه منه

أو بعد إمكان شرائه فالربح للقراض.

وفيها: إن أخذه على أن لا يبيع إلا بالنسيئة فباع بالنقد لم يجز القراض.

قال غيره: إن باع بالنقد تعدى كما لو أخذه على أن لا يشتري إلا صنف كذا غير موجود لم يجز، فإن اشترى غير ما أمر به تعدى إن ربح فله قراض مثله، وإن خسر وضمن ولا أجر له في الوضيعة ولا أعطيه إن ربح إجارته إذ قد تغترق الربح وتزيد فيصل بتعديه لما يريد.

التونسي: لم يذكر ابن القاسم ماذا يكون عليه إن نزل، وأصله أن من أمر ببيع سلعة بدين فباعها نقدًا وفاتت ضمن قيمتها نقدًا، فإن باعها بمثل قيمتها فأكثر فلا شيء عليه، وأصله أن التحجير في القراض يرده لإجارة المثل فلما أمره ألا يبيع إلا بالنسيئة، فإن باع بالنسيئة فلا ضمان عليه وله أجره في بيعه وشرائه ويفسخ القراض ويقتضي رب المال ثمن ما باع، فإن باع بنقد تعدى وفسخ إن كانت قائمة وإن فاتت وكان باعها بقيمتها لم يضمن شيئًا ولا أجر له في بيعها؛ لأنه يقول: إنما أغرمتك قيمتها يوم تعديت عليها فلا شيء علي من إجارة البيع وعلي إجارة الشراء.

قال: هذا إن كان باعها بقيمتها فقط، وإن كان باعها بأكثر؛ لأنبغى أن يكون للعامل في بيعها الأقل من أجر مثله عليه أو فضل ثمنها على قيمتها.

التونسي: ظاهر قول غيره أنه لو لم يتعد لرده إلى أجر مثله، وتأول بعض أصحابنا أن له الأقل من قراض المثل أو أجر المثل، وينبغي على هذا أن يكون الأقل من المسمى أو أجر المثل على قول من علق أجرة المثل بما شرطت ولم يعلقها بالذمة.

قُلتُ: الأظهر الأول؛ لأن الفساد يمنع اعتبار المسمى ولا حجة لاعتبار قيد كون الأجرة متعلقة بالربح دون الذمة؛ لأن قصر العوض على الأقل منها يمنع ثبوتها.

اللخمي: إن باع آخذه على أن لا يبيع إلا بالنسيئة ما اشتراه نقدًا فعلى الحكم فيه بقراض مثله يمضي بيعه ولو لم يفت، ولا ضمان عليه إن ضاع؛ لأن برده إلى قراض مثله يباع بالنقد ويبطل الشرط، فإن ربح فله فيه قراض مثله وإلا فلا شيء له.

قال: وعلى الحكم فيه بإجارة المثل يكون ببيعه متعديًا فلرب المال إجارة بيعه،

وأخذ الثمن ويغرم له أجر مثله على الشراء والبيع وتضمينه وغرم أجر الشراء فقط، ولا وجه لقول غيره فيها؛ لأنه لو حكم في شرائه قبل بيعه بقراض مثله لم يكن في بيعه متعديًا، وإن حكم فيه بالإجارة وجب أجر مثله في شرائه وتخيير رب المال حسبما تقدم ولا يوجب تعديه فيما أصله الإجارة رد لقراض المثل، وأما إن أخذه لشراء شيء غير موجود فاشترى غيره لنفسه لفقد ذلك الصنف فالربح له، وإن اشتراه للقراض فلربه إجارة شرائه فيكون فيه قراض مثله أو تضمينه فتكون السلع للعامل.

وفيها: إن لم يشغل المال العامل حتى نهاه ربه عن العمل فتعدى فتجر فيه ضمنه والربح له.

الصقلي: عن ابن حبيب: لو أقر أنه اشترى للقراض فالربح للقراض، ولا يرفع ذلك عنه حكم الضمان.

قُلتُ: انظر لو قال له ذلك بعد نضه من سلع هل يكون كذلك أو يستصحب فيه حكم القراض؟ ولتقرر حكمه بالفعل كالرهن يهلك بيد مرتهنه بعد قضائه ما كان فيه رهنًا ورؤيته بعد ذلك ثم يدعي تلفه، فإن حكم ضمانه باق.

وفيها: إن خسر فيما تعدى فيه وبيده ما لا وفاء به، فإن كان ما معه عينًا فرب القراض أحق بها من غرمائه، وإن كان سلعًا فله أن يشركه فيها، وإن تركها له فهو برأس ماله أسوة الغرماء فقبلها الصقلي، وقال ابن العطار: هذا إن كانت هذه السلع هي التي تعدى فيها، وإن كانت غيرها مثل أن يبيع التي تعدى فيها بها أمر أن يشتري فرب المال أحق بها ويضرب له بما تعدى فيه، ونحوه للتونسي قال: ولو باع سلع القراض بدين بيع الدين وضمن الخسارة، وفي الموازيَّة: لو أسلم في طعام غرم رأس ماله، فإذا حل بيع وقسما ربحه إن كان.

وفيها: إن ربح في مائة مائة فأكل منهما مائة وتجر في الباقية فربح مالًا فما أكل في ذمته وما ربح أولًا وثانيًا على ما شرطاه، ولو تلف ولم يبق غير ما أكل ضمنها لربه ولا ربح إلا بعد كمال رأس المال.

الصقلي: عن بعض الفقهاء: لو فلس من أخذ مائة قراضًا بعد أكله خمسين منها،

ثم تجر فيما بقي فصار مائة فرب المال أحق بها ويحاصص غرماء العامل في غيرها بخمسة وعشرين؛ لأن جبر المال بالربح أولى من كونه للعامل كما لو كان نقص الخمسين بتلف كقول ابن القاسم في عامل بثمانين ضاع نصفها فدفع باقيها لعامل غيره فصارت مائة رب المال أحق بثمانين من العامل الثاني وهو أقوى من الغرماء؛ لأنه هو نمى المال، وقال غيره: إنما يأخذ من المائة نصفها رأس ماله وخمسة وعشرون حصة ربحه ويحاصص في الخمسة والعشرين بقية الربح بالخمسين التي له عليه، وذلك بخلاف ضياع الخمسين؛ لأن رب المال لا مرجع له في الضياع وله على الذي أكلها الرجوع بها، وكذا العامل الثاني بالأربعين له الرجوع على العامل الأول لذا كان رب المال أولى منه.

الصقلي: الأول أصوب.

قُلتُ: الأول هو التونسي ولم يذكر غير قوله، وأورد على نفسه سؤال الفرق بين ما أكل وما تلف حسبما تقدم، وأجاب بقوله: قد لا يوجد عند المقارض شيء ولا يرجى له شيء ولا يخفى ضعف هذا الجواب على منصف.

الصقلي: وأما من أخذ مائة فتجر بها فصارت مائتين فأكل مائة وتجر بالباقية فصارت مائتين فعلى قول ابن القاسم فرب المال أحق بمائة رأس ماله ويأخذ من المائة الثانية خمسين حظه من الربح ويضرب بخمسين حظه من الربح في المائة التي أكل العامل مع غرمائه، وعلى التأويل الثاني يكون ما أكله نصفه من رأس المال ونصفه من الربح، فالباقي من رأس المال خمسون يأخذها ويأخذ نصف ما بقي وهو خمسة وسبعون حظه من الربح ويضرب في الخمسة وسبعين الباقية ببقية رأس المال الذي أكل العامل وبنصف الخمسين الباقية فيما أكل؛ لأنها حصته من الربح المأكول فيضرب في هذه الخمسة وسبعين المستحقة قبل العامل، ولما ذكر اللخمي القول الثاني معبرًا عنه بقوله: وقال بعض أهل العلم فيما إذا أكل العامل خمسين وتجر في خمسين فصارت مائة وخمسين لرب المال رأس المال خمسون وحظ العامل منها خمسون يضرب فيها غرماؤه ويضرب رب المال فيها بالخمسين التي في ذمة العامل مثل قول غير ابن القاسم: إذا

أكل العامل بعض رأس المال ودفع باقيه لآخر فرأس المال على الثاني ما قبض فقط ويتبع رب المال الأول بما أكل وليس مثله، إذ لا خلاف أنه لو غصب من المال خمسون وتجر في خمسين فصارت مائة أن لرب المال أخذها، ولا ربح للعامل إذ لا ربح إلا بعد كمال رأس المال فلا يكون لغرمائه حق فيها لو لم يكن عليه دين لم يكن فيه ربح وليس كذلك إذا دفع المال لغيره لا يحسب على الثاني رأس مال إلا ما قبض؛ لأن الثاني لو غصب ذلك المال مع علمه أنه بيد الأول قراض وتجر فيه لنفسه كان له ربحه دون ربه وعامله؛ لأن العامل أخذه على التجر لربه فوجب جريه على حكم القراض، قال ابن القاسم: ولا ربح للخمسين التي أكل، وقيل في مثل هذا لها ربح تقدم ذكره في كتاب الغصب فعليه إن ربح في الخمسين الباقية كان عليه الخمسين التي أكل مثل هذه.

قُلتُ: ما لم تكن السلعة التي ربح فيها بالخمسين غير موجود منها زائد على ذلك، قال: ولو لم يربح في الخمسين الباقية لم يكن عليه في التي أكل شيء ولو لم يكن أكل الخمسين بل تجر فيها فعلى قول ابن القاسم ربحها للقراض قل أو كثر وعلى القول الآخر عليه الأكثر مما ربح في التي عمل فيها لرب المال أو ما ربح فيها؛ لأنه إن كان ربحها أكثر فهو لرب المال؛ لأنه ربح مال أخذه بتنميته لربه، وإن كان أقل فلربه أخذه بمثل ربح التي عمل للقراض؛ لأنه أحرمه ذلك.

قُلتُ: هذا واضح على القول بضمان الغاصب ما فوت على المغصوب منه من ربح لا على قصر ضمانه ما ربحه بالفعل.

وفيها: إن اشترى على القراض وهو مائة عبدًا قيمته مائتان فجنى عليه رب المال ما نقصه مائة وخمسين وباعه العامل بخمسين اشترى بها ما ربح فيه أو وضع لم يكن ذلك قبضًا لرأس ماله وربحه حتى يحاسبه ويفاصله، فإن لم يفعل فهو دين عليه مضاف لهذا المال.

اللخمي: إن كان عليه غرمًا حمل رأس المال على ما هو موجود وعلى ما في ذمته يكون للعامل ما ينوبه من ربح الحاضر، ويضرب مع الغرماء بما ينوبه من ربح ما في الذمة في الباقي من الحاضر وغيره.

وتعديه بزيادة كقولها: إن أنفق في سفره من ماله رجع به في مال القراض إن تلف فلا شيء له كقول مالك: إن اكترى لحمل سلع القراض من ماله دواب فاغترق الكراء السلع وزاد لا شيء على رب المال من الزيادة.

قُلتُ: فإن قصر ثياب القراض أو صبغها من ماله أيرجع في ثمنها؟

قال: قال مالك: إن زاد في ثمن سلع القراض فلربه دفع ما زاده فيها فتكون كلها للقراض أو تركه شريكًا فيها بما زاد، فكذلك في الصبغ إن دفع له ما صبغ به كانت كلها للقراض وإلا كان شريكًا بالصبغ، والفرق بينه وبين الكراء أن الصبغ له عين قائمة وليس للكراء عين قائمة ولذا لم يكن له في بيع المرابحة ربح وللصبغ فيها الربح.

قُلتُ: يعارض هذا بقولها: المكتري أحق بالسلع المنقولة من الغرماء ولو في الموت فهو كعين قائمة، ويجاب بأن الأحقية ليست نفس الشركة ولا ملزومة لها ولذا كان أحق بالحمل من غرماء رب مال القراض ولا يكون شريكًا به كالرهن.

وفيها: وقال غيره: إن دفع إليه قيمة الصبغ لم يكن على القراض؛ لأنه كقراض ثان بعد شغل الأول على خلطه به بخلاف زيادة العامل على رأس المال في ثمن السلعة عند الشراء على السلف؛ لأنه كقراض ثان قبل شغل الأول، وله أن يعطيه ذلك وأن يضمنه قيمة الثياب، فإن أبى ذلك كان العامل شريكًا في الثياب بقيمة الصبغ من قيمتها، ابن حارث: اتفقوا أن لرب المال إعطاء ما يجب له في الصبغ أو تركه شريكًا، وفي كون الواجب في صبغه ما دفع فيه أو قيمته قولا ابن القاسم وغيره وعليهما ما يكون به شريكًا.

اللخمي: إن اشتراها ليعمل فيها ذلك شريكًا به فهو شريك بما أنفق ويفض الربح والوضيعة على مثل ذلك، وإن اشتراها بنية كونه للقراض ليدفعه رب المال من عنده جاز ولرب المال دفعه على حكم القراض الأول أو تركه فيكون العامل شريكًا.

قُلتُ: وقاله التونسي.

قال اللخمي: وإن كانت نيته ألا يبيعه دون قصارة فبار عليه فقصره كان متعديًا ولرب المال عند ابن القاسم أن يدفع للعامل الأقل من قيمة عمله أو ثمنه فيصير رب

المال شريكًا بذلك غير مضاف للقراض الأول؛ لأنه بعد انتقاله ويلي رب المال من البيع والاقتضاء بقدر ما يشارك به، فإذا نض أخذ ذلك وكف عن العامل ويتمادى العامل وحده برأس المال الأول، وإن أبى رب المال دفع ذلك فله تضمين الصانع قيمة القراض يوم عمله، وقال غيره: يخير في دفع ذلك للعامل فيكون شريكًا به وفي تضمين العامل فيكون شريكًا في المال بقدر ذلك وهو أقيس؛ لأنه يقول: لا أشتري تلك الصنعة ولا أبيع إنما لك شيء تكون به شريكًا.

قُلتُ: قوله: ويلي رب المال إلى قوله: وكف عن العمل؛ يقتضي أن يختص بأن يبيع من السلع بقدر ما شارك به وما بقي للقراض وهو خلاف المذهب والقواعد؛ لأن الشركة إذا ثبتت وجب قسم المشترك فيه نفسه أو ثمنه، وأما اختصاص أحد الشريكين بما باعه بمقتضى الشركة لأسلف شريكه إياه حظه من ذلك فكاد كونه خلاف الإجماع بل الواجب أن يكون بيع هذه السلع وقبض ثمنها مؤنته بين رب المال والعامل على قدر شركتهما، وكذا قسم ما قبض من أثمانهما، وما عزاه لابن القاسم من قصر حكم رب المال على غرم الصنعة أو التضمين خلاف نصها: أن له إبقاء العامل شريكًا بالزيادة ولم يذكر أيضًا تضمينه بحال إلا في قول الغير، والضمير في قوله: يقول؛ عائد على رب المال.

والقراض المطلق في اقتضائه جواز سفر العامل به في غير خوف ومنعه، ثالثها: إن كان شأن العامل السفر ولم يشترط إقامته، وإن كان شأنه الإقامة فلا إلا أن يشترطه للخمي عن رواية ابن القاسم وابن حبيب واختياره، وعلى الأول في جواز شرط عدم سفره روايتا ابن القاسم ومحمد.

أبو جعفر: له منعه من بعيد السفر جدًا.

اللخمي: من عادته السفر لا التجر مقيمًا فاشترى ما يجلس لتجره كان متعديًا، وكذا إن كان بزازًا صاحب دكان فاشترى غير صنعته وما يدار ولا يخزن ولا يدخر فهو متعد.

وفيها: للعامل أن يتجر بالمال في الحضر والسفر إلا أن يقول له رب المال حين

دفعه بالفسطاط: لا تخرج؛ فلا يخرج، وإن لم يشترطه فليس له نهيه عن السفر إذا أشغل المال، ولو هلك رب المال بعد تجهزه به فله النفوذ به إلى حيث تجهز.

التونسي: في الموازيَّة: إن قام غرماء رب المال بعد خروج العامل به وأمكن بيع السلع بيعت وأخذ ذلك الغرماء، وإن كانت عينًا أخذها الغرماء، وأما غرماء العامل فلا شيء لهم.

التونسي: الأشبه ألا شيء لغرماء رب المال؛ لأنه لو كان حيًا لم يكن له أخذه في غير البلد، وكذلك لو نض في غير البلد ينبغي ألا يأخذه؛ لأن على العامل ضررًا في رجوعه بغير المال وتقدم حكم زراعته ومساقاته به.

وفيها: قلت: إن أخذت مائة قراضًا ابتعت بها سلعة ولم تنقدها حتى ابتعت أخرى بمائة على القراض.

قال: سألته عن العامل يجلس بالحانوت يشتري بأكثر من مال القراض ويضمن ذلك ويجعل ربحه للقراض، فقال: لا خير فيه؛ فمسألتك تشبهه، وليس من سنة القراض فيما سمعت منه أن يشتري على القراض بدين يضمنه العامل والربح للقراض لا يجوز هذا.

الصقلي: عن محمد: وربح الثانية وخسارتها للعامل وعليه؛ لأن شراءه بالدين على القراض أو يسلفه عليه ولو بإذن ربه لا يجوز.

اللخمي: إن كان غير مدين واشترى بالقراض ثم استدان واشترى متاعًا آخر على ذلك القراض لم يجز بإذن رب المال وربحه له وعليه خسارته إلا أن يقول رب المال: إن ضاع القراض غرمت الثمن؛ فالربح له والعامل أجير.

الصقلي: عن محمد: عن ابن القاسم لو اشترى سلعة بمال القراض وهي في بيته وتسلف ما نقد فيه من ربه أو غيره، ثم باعها واشترى بمال القراض أخرى فالسلعتان على القراض، قال في العتبيَّة: ويجبر بما ربح ما خسر في الأخرى.

زاد اللخمي: لو اشترى الثانية قبل بيع الأولى لم تكن الثانية على القراض ولو باع الأولى ولم يقض ثمنها في السلف حتى اشترى الثانية كانت على القراض؛ لأن بيده

مائتين إحداهما للقراض.

قال: وإن كان مديرًا واشترى بما ليس معه على النقد ليدفع من القراض جاز لضرورته إليه يشتري أول النهار ويقضي آخره أو للغد مما يبيعه أو يقتضيه، وسمع أبو زيد ابن القاسم: لا خير في شراء العامل المتاع بنظرة أيام؛ لأنه يضمن الدين إن تلف، وإن ربح فيه أعطاه نصف الربح.

ابن رُشْد: إن نزل فالربح والوضيعة للعامل وعليه، وهو قوله في الموازيَّة، وهو ظاهر المدَوَّنة، ولو أذن له رب المال في ذلك إلا أن يأذن له في أن يشتري على القراض على إن ضاع مال القراض ضمن ذلك في ذمته فيجوز، وتكون السلعة للقراض خلاف ما تقدم للخمي من كون العامل في ذلك أجيرًا وهو الصواب؛ لأنها زيادة على القراض الأول بعد انتقاله.

ابن رُشْد: وهذا في المدين، وأما المدين فله الشراء على القراض بالعين حسبما مضى في سماع ابن القاسم.

قُلتُ: لأن عروض المدير كالعين في الزكاة ويجب أن يقيد ذلك بكون ثمن ما يشتريه بالدين يفي به مال القراض وإلا لم يجز، ومقتضى قولها مع غيرها جواز كون العامل مديرًا، وقولها بجواز زراعته حيث الأمر جواز بيعه بالعرض بخلاف الوكيل، ولا أذكره نصًّا إلا قول ابن شاس: له أن يبيع بالعرض كما يبتاعها.

قُلتُ: وهذا ما لم يشترط رب المال على العامل كون عمله لنضة واحدة فقط حسبما قاله اللخمي في آواخر ترجمة الاختلاف في القراض ما نصه: إن اشترط نضة واحدة لزم ذلك رب المال.

وفيها: إن اشترى بكل مال القراض عبدًا فرده بعيب ورضيه رب المال فليس له ذلك لضرر العامل يجبر خسارته بربح ما يعمل إلا أن يقول له ربه: إن أبيت فاترك القراض وأنا أقبله؛ فذلك له، أبو عمران: هذا إن كان ثمنه كل المال عينًا، ولو كان بعضه في سلع أو كان ثمنه عرضًا فليس ذلك لرب المال، إذ ليس له أخذ المال حينئذ لحق العامل في السلع.

وفيها: إن رضي العامل بالعيب نظرًا جاز وإن كان حابى لم تجز محاباته ولا في البيع إلا في ربحه في تلك السلعة، ولا يبيع أحد عامليه من الآخر بمحاباة ولو كان في المال فضل، وإن فعل لم يجز.

سَحنون: هذه جيدة إذ لم يذكر فيها إجارة حظ العامل؛ لأنه إن وضع فيما يستقبل جبر رأس المال بذلك الذي حاباه به، وفي رواية ابن وضاح زيادة هذه أصح من التي فوقها، وترد ما في كتاب الشركة، وكلما وجدته خلاف هذا فرده إليه.

قُلتُ: ولأن إمضاء محاباته في نصيبه إعطاؤه من الربح قبل المفاصلة.

وفيها: لا يعطي من مال القراض أحدًا ولا يكافئه منه، وأما أن يأتي بطعام لقوم ويأتون بمثله فأرجو أنه واسع إن لم يتعمد أن يتفضل عليهم، فإن تعمد دون إذن ربه تحلل منه، فإن أبى كافأه بمثله إن كان شيئًا له مكافأة.

قُلتُ: مثله في الموطأ، وقرره الباجي بقوله: إن اجتمع مع رفقائه فجاؤوا بطعام فذلك واسع، فإن كان بعضه أكثر من بعض ما لم يتعمد الفضل عليهم وذلك جائز بين الرفقاء، وإن كان منهم من يأكل في بعض الأوقات أكثر من صاحبه ومن يصوم دون رفقائه.

قُلتُ: وكذا غير المسافرين، قاله بعض من لقيت وهو واضح، وسمع ابن القاسم: لا بأس على العامل في إعطائه السائل الكسرة، وكذا الثمرات والماء.

ابن رُشْد: لأنه من اليسير الذي لا يتشاح في مثله، وأصله قوله تعالى: ﴿لَّيْسَ عَلَى الْأَعْمَىٰ حَرَجٌ﴾ [النور: 61] إلى قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكْتُم مَّفَاتِحَهُ أَوْ صَدِيقِكُمْ﴾ [النور: 61]، فإذا لم يكن على الوكيل حرج في الأكل من مال موكله الذي اؤتمن عليه دون علم موكله بنص القرآن ما جرت به العادة من اليسير الذي لا يتشاح في مثله جاز ذلك للمقارض؛ ولذا قال الليث: له أن يتغذى بالأفلس حسبما مر، فإذا جاز له ذلك وهو لا نفقة له في المال فأحرى أن يجوز له التصدق به، وكذا الوصي يعطي السائل من مال يتيمه يرجو بركة ذلك ليتيمه، وليس قول مالك هذا بخلاف لقوله في الموطأ: لا يهب منه شيئًا ولا يعطي منه سائلًا ولا غيره؛ لأن معناه فيما كثر

وزاد على ما لا يتشاح فيه.

قُلتُ: كذا قاله الباجي.

وفيها: لمالك: لا يعجبني أن يشتري العامل من رب المال سلعة؛ لأنها إن صحت من هذين أخاف أن لا تصح من غيرهما ممن يقارض، ابن القاسم: ووجد ما كرهه مالك وإن صح ذلك بينهما خوف أن يرد إليه رأس ماله ويصير إنما قارضه بهذا العرض.

عياض: في أصل الأسدية: إن صح فلا بأس به، ومثله في كتاب عبد الرحيم، واختلف قول مالك فيه في الموازيَّة.

اللخمي: عن ابن القاسم في الموازيَّة: وجدت في كتاب عبد الرحيم عن مالك: لا بأس به إن صح بينهما، وأرى إن كان المشترى يسيرًا أن يمضي، وإن اشترى بجميع المال فسخ لقيام تهمتهما على القراض بالعروض إلا أن يقوم دليل على براءتهما، وسمع ابن القاسم: لا ينبغي أن يصطرف رب المال مع العامل قبل عمله، ولا بأس أن يشتري منه الثوبين أو يوليه إذا صح.

ابن رُشْد: يدخله في الصرف تأخيره لمآل أمره إلى أنه أعطاه ذهبًا على أن يعطيه ورقًا يتهمان عليه، فإن وقع في يسير المال صدقًا في أنهما لم يعملا على ذلك، وإن وقع في جله فسخ القراض إلا أن يفوت بالعمل فيرد لإجارة المثل على أصل ابن القاسم وروايته في هذا النوع من الفاسد، وسواء صارفه قبل الغيبة على رأس المال أو بعدها وقبل الغيبة أشد، وقوله: لا بأس أن يشتري منه الثوبين؛ معناه أن العامل اشتراها لنفسه لا للقراض، وفي الموازيَّة بيان هذا، وإن كان ذلك للقراض فهذا الذي قال فيه في المدَوَّنة فذكر ما تقدم، وقال: هذا الخلاف عندي إنما هو إذا وقع في المال قبل أن يصرفه غاب عليه أم لا، ولو كان مما نض له مما باعه من السلع التي اشترى للقراض فيصدقان قولًا واحدًا، والذي أرى أن يصدقا إن اشترى بيسير مال القراض ولا يصدقا إن اشترى بجله، وهذا الذي أراه قول ثالث.

قُلتُ: حمله ما وقع في السماع من قوله: لا بأس أن يشتري منه الثوبين على أنه

للعامل لا للتجر، وفي الموازيَّة: بيان هذا، يدل على أنه في الموازيَّة أوضح منه في العتبيَّة، وليس كذلك بل لفظه فيهما واحد إلا أنه زاد في الموازيَّة ما نصه: إن اشترى العامل منه سلعة لا للتجارة فذلك جائز ويتولاها منه أحسن، ولم يذكرا لمنعه علة ولا وجه لمنعه إلا تهمتهما على قراض وبيع لاحتمال دفع العامل الثمن من مال القراض فيكون باقيه قراضًا منضمًا لأخذه السلعة ويعطى ثمنها بعد ذلك، وقوله: هذا الذي أراه قول ثالث نص في أنه عد نفسه مجتهدًا في المذهب أو مطلقًا، وفي جواز شراء العامل كل سلع القراض أو باقيها بعد مفاصلتهما بثمن لأجل وفسخه ولو فات برد القيمة ثالثها: إن كانت حاضرة لم يفسخ البيع إن فات، وإن كانت غائبة فسخ وإن فات، لابن رُشْد عن رواية ابن وَهْب مع ابن حبيب عن أصحاب مالك غير ابن القاسم في شراء الباقي بعد المفاصلة: ولا فرق بينه وبين شرائها كلها، ومحمد عن ابن القاسم قائلًا: معناه اشتراها بأكثر من رأس المال أو باقيها بأكثر من منابه منه، ولو اشتراها بجل رأس المال أو بقيمتها بمثل ما بقي من رأس المال فأقل جاز اتفاقًا، وهو بين في رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم، وفي القطعان من سماعه عيسى: ولم يغز الثالث، وهو في النوادر لمحمد قال: وكذا لو اشترى بعض سلع القراض بأكثر من قيمتها لأجل دخله الأقوال الثلاثة، كمن اشترى بمائة قراض سلعًا عرض للبيع أحدها أعطى فيها ثمانية وثمنها عشرة لم يجز أخذها العامل بعشرة لأجل؛ لأنه يؤخره خوف الخسارة، وجه القول بإجازته كأنه التزم السلع برأس ماله فتفاصلا ثم باعها منه، ووجه القول بالمنع أنه لو طلبه برأس ماله لم ينض له منه إلا ثمانون فأخره بها على أن يأخذ منه على أن يعطيه مائة، ووجه الثالث هو أنه إن حضرت ارتفعت التهمة؛ لأنه باع ما رأى بعد أن رضيه والتزمه، وإن غاب احتمل أن ليس عنده سلع والمال خسر فيه وهو ثمانون فأخره على أن يعطيه مائة فشراؤه من رب المال سلعة من غير سلع القراض قبل العمل لا يجوز بالنقد ويجوز لأجل ومن سلع القراض لا يجوز ويجوز نقدًا وشراؤه رب المال من العامل سلعة من القراض أو من غيره جائز نقدًا وإلى أجل.

قُلتُ: زاد في الموطأ: إذا كان صحيحًا على غير شرط.

الباجي: ما لم يتوصل بذلك لأخذ شيء من الربح قبل المفاصلة اشتراه نقدًا أو إلى أجل، قاله ابن القاسم.

قال: فإن اشتراها ليأخذها من القراض فلا خير فيه، وقول اللخمي: إن لم تحضر السلع لم يجز شراؤها العامل قولًا واحدًا ويفسخ إن كانت قائمةً، وفي فوتها تمضي بالقيمة؛ لأن أكثر ما يعمل ذلك عند خسارة العامل في المال خلاف نقل ابن رُشْد القول الأول.

الباجي: شراء العامل من رب المال بعض سلع القراض إن كان مع استدامة القراض جاز نقدًا لا لأجل، وأجازه الليث ويحيى بن سعيد إلى أجل، وإن كان عند المفاصلة جاز نقدًا.

قال مالك في العتبيَّة: لا خير فيه، ونحا به ناحية الربا، وروى عيسى عن ابن القاسم: إن كان بمثل رأس المال فأقل جاز ولا يجوز بأكثر منه، وقال ابن حبيب: قال أصحاب مالك: لا باس به، وغمزه ابن القاسم.

ابن زرقون: فذلك ثلاثة أقوال: المنع والجواز، والفرق بأن يكون بمثل رأس المال فأقل أو يكون بأكثر.

قُلتُ: هذا خلاف ما تقدم لابن رُشْد أنه إن اشتراها بمثل رأس المال فأقل جاز اتفاقًا، وصحت طريقة ابن زرقون تصير الأقوال أربعة: ثلاثة لابن رُشْد وثالث نقل ابن زرقون رابعها، وتعقب ابن عبد السلام قول ابن الحاجب: ولا يشتري من رب المال ولا بأكثر من المال، فإن ظاهر لفظه أنه منع تحريم، وظاهر المدَوَّنة ونص الموازيَّة الكراهة.

قال: والمنع محمول على أنه اشتراه للقراض لا لنفسه.

قُلتُ: ظاهره أن شراءه منه لنفسه جائز مطلقًا وأنه المذهب، وتقدم نقل ابن رُشْد عن المذهب أنه يجوز قبل الإشغال في الثوب والثوبين، وقول الباجي: شراء العامل من رب المال سلعة لنفسه جائز، قاله ابن القاسم، ليس بخلاف لنقل ابن رُشْد؛ لأنه إنما نقله في الثوب لا مطلقًا، وعلل ابن القاسم وغيره قولها بالكراهة في شراء العامل

للقراض من ربه بماله للقراض بالعروض.

قال ابن عبد السلام: لا يطرد في كراهته الصرف منه لماله لقراض بذهب أو ورق.

قُلتُ: عدم اطراد العلة إنما يقدح إذا ثبت في تماثيل الصورة التي وقع فيها التعليل، ومسألة الصرف غير مماثلة لصورة الشراء منه؛ ولذا علل ابن رُشْد كراهة الصرف منه بماله لتأخير الصرف، وعلل الباجي الكراهة فيهما بقوله: ربما أثر ذلك نقصًا في المال يحتاج للعامل لجبره بعمله، وفيه نظر لاقتضائه منع ذلك ولو كان بما نض له من السلع التي اشترى للقراض، وقد تقدم لابن رُشْد في ذلك الجواز قولًا واحدًا، وهو مقتضى تعليل ابن القاسم المتقدم.

وفيها: إن اشترى العامل أب رب المال أو ابنه، وهو لا يعلم عتقوا على رب المال.

ابن رُشْد: يريد يوم الشراء، وقولها: فإن كان فيه ربح دفع للعامل من مال القراض قدر حظه من الربح؛ يريد: إن كان في المال ربح يوم الشراء مثل أن يكون رأس المال مائة ربح فيها مائة فاشترى بالمائتين فحظ العامل الربع فيغرم رب المال للعامل قيمة ربع العبد يوم الحكم إن كان مليًا وعتق عليه، وإن كان معدمًا بقي حق العامل رقًا له.

قُلتُ: قوله: قيمة ربع العبد؛ صوابه: ربع قيمة العبد.

فيها: إن أوصى سيد الابن للأب بنصف ابنه فقبله عتق عليه جميعه إن كان حرًّا موسرًا وكان عليه نصف قيمته.

وفيها: إن كان العامل قد علم وله مال عتقًا عليه وأخذ منه ثمنهم لرب المال والولاء لرب المال؛ لأنه علم حين اشتراهم أنهم يعتقون على رب المال فهو ضامن إذا ابتاعهم بمعرفة، وإن كان عديمًا بيعوا فيعطى رب المال رأس ماله وربحه وأعتق حظ العامل فقط، هذا أحسن ما سمعت فيها من الخلاف.

ابن رُشْد: قوله: أخذ منه ثمنهم؛ يريد: الذي اشتراهم به وإن كانت قيمتهم أكثر منه؛ لأنه لا يجوز لرب المال ربح فيمن يعتق عليه، وعلله اللخمي بأن قال: لو أخذ ربحه من القيمة لكان ذلك رضىً منه بالشراء فيعتق عليه.

ابن رُشْد: بخلاف شراء العامل من يعتق عليه عالمًا وقيمته أكثر مما ابتاعه به يغرم هنا رأس ماله وحصته من الربح؛ لأنه فيمن لا يعتق عليه، ولو كان في المال ربح قبل الشراء لغرم لرب المال حظه منه، وقوله: إن لم يكن له مال بيعوا فيعطى رب المال رأس ماله وربحه؛ يريد: أن الربح كان فيه يوم الشراء مثل أن يكون رأس المال مائة وربح فيها مائة أخرى، ثم ابتاعها بالمائتين وهو عالم ولا مال له فإنه يباع منهما بمائة وخمسين رأس ماله وحظه من الربح ويعتق ما بقي كان أقل من ربع العبد أو أكثر؛ لأنه إن سوى العبد أكثر من مائتين لم يصح أن يباع لرب المال منه بأكثر من مائة وخمسين؛ لأنه القدر الذي تعدى عليه العامل ولا يأخذ رب المال شيئًا مما زادت قيمته بعد الشراء؛ لأنه لا يصح له فيه ملك فلا يصح له فيه ربح، وإن سوى العبد أقل من مائتين فمن حق رب المال أن يباع له منه بمائة وخمسين وإن اغترق ذلك جميع العبد؛ لأنه تعدى على ذلك القدر، ولو لم يسو إلا أقل من مائة وخمسين لوجب بيع كله واتبع العامل بما نقص من مائة وخمسين، وقوله فيها: بعضه في المَدَوَّنة وبعضه خارج عنها، فإن اشتراهم عالمًا ففي عتقهم عليه إن كان مليا وإلا بيعوا وعتقهم على رب المال، ثالثها: لا يجوز شراؤه، ورابعها: لا يعتق بحال، وخامسها: يضمن الثمن فيكون له المشترى، وسادسها: يخير رب المال في أخذه فيعتق عليه وللعامل فضله إن كان، وفي تضمين العامل لتعديه لها وللآتي على ما في بعض روايات رهونها وللآتي على ما في ثاني عتقها في شراء الأب من يعتق على ابنه الصغير، وقول ابن القاسم في أصل سماعه ورواية ابن أبي أويس، ولم يعز السادس.

قال: وإن اشتراهم وهو لا يعلم ففي عتقهم على رب المال وعدم عتقهم مطلقًا قولان لها ولابن القاسم في سماعه.

اللخمي: إن اشتراه عالمًا قال ابن القاسم: يعتق عليه وحمله على أنه رضي بعتقه من ماله عن رب المال، وقال سَحنون: لا يعتق عليه، وقال أشهب: إن كان فيه ربح أعتق منه قدر ذلك الربح وبيع ما بقي وهو أحسن لا يعتق عليه؛ لأنه وكيل غيره ويعتق الفضل؛ لأن العامل مقر أنه لم يشتره لنفسه فيعتق ذلك القدر من باب: لا ضرر ولا

ضرار، ونقل ابن عبد السلام قول اللخمي إلى قوله: لم يشتره لنفسه، وهذا احتجاج صحيح إلا أنه ينتج قول سَحنون.

قُلتُ: يرد بدلالة باقي كلامه: فيعتق من باب لا ضرر ولا ضرار، وتقريره أنه بعلمه قصد عتق جميعه عنه فبطل إعمال قصده في حظ رب المال لمانعية تعديه على ملك الغير بالشراء الممنوع منه وأعمل فيما يملك لسلامته عن هذه المانعية.

قال ابن عبد السلام: ومقتضى النظر على قول أشهب إن كان فيه ربح أن يقوم على العامل.

قُلتُ: يجاب بأن إعمال عتقه في حظه إنما حصل بالتبعية لا بقصده عتقه ذلك الجزء فصار كأحد شركاء في عبد أعتق أحدهما حظه منه، ثم الثاني ثم ثبت كون الأول عديمًا فإنه لا يقوم على الثاني على المشهور، وأجاب هو بأن قال: يحتمل أن يقال: إنما التزم إعتاق قدر حظه عن رب المال لا عن نفسه.

قُلتُ: هذا يقتضي أن المذهب عنده فيمن أعتق حظه من عبد عن غيره أنه لا يقوم عليه ولا أعرفه نصا، وفي الموارث يشهد أن أباه أعتق هذا العبد فلا تتم شهادته في عتق حظه عليه، ثالثها: ويقوم عليه لابن رُشْد عن أبي سلمة مع المغيرة وابن القاسم والآتي على قول أَصْبَغ فيمن اشترى عبدًا ثم شهد أن بائعه كان أعتقه لتهمته على أنه أراد عتق حظه دون تقويم، وتمامه إن شاء الله تعالى في العتق.

اللخمي: وعلى القول بعتقه على العامل في عتقه عليه إن كان معسرًا ويتبعه رب المال في ذمته قولا ابن القاسم وغيره، والأول أحسن، ولا يمكن رب المال من رق والده أو ولده لدينه، وهو في والده أبين؛ لأنه من العقوق.

قُلتُ: الثاني هو نصها.

الصقلي: عن محمد: لو ادعى رب المال أن العامل اشتراه عالمًا وأنكر العامل فالقول قوله، وإن اشترى من يعتق عليه وهو عالم موسر وفيه ربح عتق عليه وغرم لرب المال رأس ماله والأكثر من حظ ربحه يوم الشراء أو يوم الحكم؛ لأنه بشرائه عالما أنه يعتق عليه رضي أن يغرم لرب المال ما يجب له من الثمن ورأس ماله وحظه

من الربح.

قُلتُ: ونحوه للخمي، وزاد: وإن كان عالمًا أنه ولده جاهلا بالحكم يظن أنه يجوز له ملكه عتق بالقيمة وهلاكه قبل النظر فيه من رب المال إلا قدر مناب العامل من الربح.

ابن رُشْد: ولو لم يكن فيه ربح عتق عليه وغرم لرب المال الأكثر من قيمته يوم الحكم ومن ثمنه؛ لأنه اشتراه عالمًا أنه يعتق عليه رضي غرم ما اشتراه به، وقال المغيرة: لا يعتق منه شيء ويدفع ثمنه لرب المال.

قُلتُ: الأول قولها.

اللخمي: أن لا شيء عليه إن لم يكن فضل أحسن؛ لأنه وكيل في المال لغيره، وفعله محتمل لقصد العتق وعدمه فأرى أن يحلف ما أراد عتقه وكان رقيقًا.

ابن رُشْد: وإن كان عالمًا معسرًا وفيه ربح ففيها يباع منه بقدر رأس المال لربه، يريد يوم الحكم ويعتق ما بقي إن كان ما اشتراه به مثل قيمته يوم الحكم فأقل، وإن كان أكثر منها تبعه بما يجب له من الزائد مثل أن يشتريه بمائتين ورأس المال منهما مائة وقيمته يوم الحكم مائة وخمسون فيباع منه لرب المال برأس ماله وحظه من الربح يوم الحكم، وذلك مائة وخمسة وعشرون ويعتق باقيه ويتبعه بخمسة وعشرين.

قُلتُ: قال اللخمي: يباع منه لذلك على أن باقيه حر.

ابن رُشْد: وإن أراد رب المال أن يأخذ من العبد قدر رأس ماله وحظه من الربح يوم الحكم على ما يسوى جملة فله ذلك؛ لأنه أوفر لحظ العامل الذي يعتق منه؛ لأن البيع منه لذلك وكسر لثمنه لضرر الشركة، ولو أراد أن يأخذ منه بذلك من العبد ما كان يباع له منه لو بيع لم يكن له ذلك على ما في سماع أَصْبَغ ابن القاسم من كتاب الوصايا، وإن أراد ابتاعه برأس ماله وحظه من الربح دينًا ويعتق عليه فله ذلك على قياس قوله.

اللخمي: من حق رب المال أن يباع منه بقدر رأس ماله وحظه من الربح على أن الباقي عتيق.

عبد الحق: عن بعض القرويين: إن اشترى أبا نفسه وهو يعلم أو لا يعلم وفيه فضل ولا مال له اشتراه بمائة وهو يسوى مائة وخمسين ينبغي أن يباع منه لرب المال بمائة رأس ماله، ويكون نصف ما بقي مملوكًا لرب المال والنصف الآخر هو على العامل فيصير كشقص عبد بين رجلين أعتق أحدهما حظه ولا مال له سواه.

التونسي: إن كان رأس المال مائة وفي العبد ربح يسوى يوم اشتراه مائة وعشرين إن بيع منه بمائة وعشرة لم يجد من يشتري ذلك منه وإن بعناه كله وجدنا من يشتريه بمائة وعشرين فقد يقال: يباع كله ويجعل المقارض ما نابه في رقبته أو يعين به، وانظر على هذا لو اشتراه بمائة وقيمته مائة وخمسون فإن بيعت خمسة أسداسه ساوت أقل من مائة وخمسة وعشرين هل يباع منه أكثر من خمسة أسداسه حتى يتم ثمن المبيع منه مائة وخمسة وعشرون ويعتق منه ما بقي وإن كان نصف السدس أو أقل كما يباع كله إذا لم يوجد من يشتري بعضه بمائة وعشرة؟ أو هل يباع منه بمائة رأس المال على أن الباقي يعتق نصفه ويباع لرب المال نصفه؟

قُلتُ: هذا أظهر؛ لأن الربح إنما يعتبر بعد نضوض رأس المال لا قيمة قبله، وهو مقتضى ما نقله عبد الحق عن بعض القرويين حسبما تقدم.

ابن رُشْد: وإن اشتراه عالمًا معسرًا ولا ربح فيه لم يعتق ولا يتبع بقيمته دينًا إلا أن يرضى ذلك رب المال ويباع ليدفع ثمنه لرب المال إلا أن يكون ثمنه الذي اشتراه به أكثر فلرب المال اتباعه بالزائد؛ لأنه رضي بذلك حين اشتراه عالمًا.

قُلتُ: وعلى ما تقدم للخمي إن كان جاهلًا حكم عتقه عليه لم يتبعه بالزائد؛ لأن نفس شرائه ليس بتعد إنما هو كمن اشترى سلعة للقراض ثم أفاتها بعطية ناسيًا يغرم قيمتها لا ثمنها، وتقدم في كلام ابن رُشْد التصريح بأن العلم في هذه المسائل العلم بأنه يعتق عليه، وفي كلام اللخمي أن علمه بأنه ولده مع جهله بحكم وجوب عتقه يوجب عتقه بالقيمة، وقال ابن عبد السلام: العلم المشروط في هذا الفصل علمه بالأبوة أو البنوة أو الأخوة لا علمه بوجوب عتقه، فإن العلم بالحكم أو الجهل به لا أثر له هنا، إنما يعتبر العلم والجهل في أسباب الأحكام.

قُلتُ: هذا هو أصل المذهب، وتقدم منه علم الأمة بعتقها تحت العبد وتمكينها نفسها مع جهلها بثبوت الخيار لها، ويأتي منه في الرجم إن شاء الله في قولها: لمرغوس بدرهمين.

ابن رُشْد: وإن اشتراه غير عالم به وهو موسر وفيه ربح عتق حظه وقوم عليه باقيه يوم الحكم كعتق أحد الشريكين حظه وهو معنى قولها: يعتق عليه ويرد لرب المال رأس ماله وربحه، ولا خلاف في هذا بين ابن القاسم والمغيرة، إنما اختلفا إن علم؛ فابن القاسم يعتبر علمه فيغرمه الأكثر، والمغيرة يلغيه ولا يغرمه إلا رأس المال، وفي حظ ربه من الربح يوم الحكم وإن لم يكن فيه ربح بيع ودفع لرب المال ماله، وكذا إن كان معسرًا لا فرق في هذا الوجه بين الموسر والمعسر.

قُلتُ: ذكر اللخمي فيما إذا كان غير عالم ولا فضل فيه، وهو موسر عن أشهب: أنه يعتق عليه.

ابن رُشْد: وإن كان غير عالم وهو معسر وفيه فضل بيع منه بقدر رأس المال وربح ربه يوم الحكم وعتق الباقي، وإن أراد رب المال أن يأخذ منه قدر ذلك على ما يساوي جملة فله ذلك؛ لأنه أوفر للعتق، وليس له أخذ ما كان يباع حسبما تقدم، ولو وطئ العامل أمة من مال القراض ولم تحمل فالصقلي عن محمد: يغرم قيمتها، وإن كان عديمًا بيعت فيها، ابن شاس: لرب المال تضمينه قيمتها يوم الوطء أو ثمنها، وذكره ابن عبد السلام عن بعضهم، وقال: إلزامه الثمن بعيد؛ لأن العداء لم يكن عليه إذا سلم رب المال أنه اشتراها للقراض أو قامت به بينة.

قُلتُ: ظاهره إن لم يسلم ولم تقم بينة أن له إلزامه الثمن، والصواب أنه إنما يلزمه الثمن إذا نكل العامل عن حلفه أن شراءها كان للقراض أما إن حلف فلا، وما نقله ابن شاس هو مقتضى ما يأتي لمحمد إذا حملت.

قال: وظاهر قول هذا القائل أنه لا يمكن ربها من ردها للقراض وهو بعيد.

قُلتُ: في تبعيده نظر لقولها في وطء أحد الشريكين أمة بينهما إلا أن الذي وطء الأمة من المتفاوضين بعد ابتياعه إياها إن لم يسلمها له الشريك بالثمن، وقال: أردها

للشركة؛ فليس له ذلك، وقال غيره: له ذلك، وهو في المقارض أحرى لاختصاصه بحوز مال القراض، وهذه الأحروية تمنع تخريج قول الغير في العامل في القراض.

وفيها: إن حملت من وطئه وله مال ضمن قيمتها فيجبر به رأس المال.

الصقلي: عن محمد: عليه الأكثر من قيمتها يوم وطئها أو يوم حملت أو الثمن؛ لأنه إن كان الثمن أكثر فقد رضي به وعليه وطئ، وإن كانت قيمتها أكثر فليس له أن يذهب ربح المال من ثمنها، وسمع ابن القاسم: إن أحبل العامل أمة من مال القراض غرم قيمتها من ماله يجبر بها مال القراض، ابن القاسم: إن لم يكن له مال اتبع بها دينا ولم تبع، سَحنون: هذا غير معتدل، وأرى أن تباع إلا أن يكون فيها فضل فيباع منها بقدر رأس المال وربح ربه والباقي بحال أم الولد.

ابن رُشْد: مثل هذا السماع في الموطأ، وزاد: إن لم يكن له مال بيعت فيجبر المال بثمنها وهو الحكم إذا اشتراها للقراض ثم أحبلها وقيمتها في يسره يوم حملت فلم يفرق مالك بين شرائه إياها ليطأها وبين أن يطأها بعد شرائه إياها للقراض، وفرق ابن القاسم فقال في الأولى: لا تباع في عدمه وكانت له أم ولد ولا يتبع بقيمة الولد على ما قاله عيسى في رسم جاع من سماعه؛ لأنه لم يقل يتبع بقيمة الولد إلا في شرائها للقراض وتباع على ما اختاره سَحنون في قيمتها يوم حملت، فإن لم يف ثمنها بها اتبع بما نقص عنها وإذا أخذت منه قيمتها أو بيعت في عسره يتخرج اتباعه معها بقيمة الولد على قولين تقدما في نوازل سَحنون من كتاب الاستبراء.

قُلتُ: ذكره في وطء أحد الشريكين أمة الشركة وهو قوله: إذا وجبت القيمة يوم الحمل فقد وجب الحمل ووجوب القيمة عليه معًا، فإن حكم للقيمة بالتقدم لم يكن عليه في الولد شيء وهو المنصوص، وإن حكم للإيلاد بالتقدم عليها وجب غرمه نصف قيمة الولد، ثم قال في مسألة القراض: هذا إن لم يكن فيها فضل، فإن كان فقيل: يباع منها في عدمه بقدر رأس المال وربح ربه والباقي منها بحال أم الولد، وهو متقدم قول سَحنون هنا، وقال عيسى ابن دينار في رسم جاع: حكمه حكم الأمة تحمل من أحد الشريكين وهو عديم، على هذا حمل المسألة بعض أهل النظر باتباع ظاهر

الروايات، والذي أقول فيها إن الخلاف في بيعها إذا حملت وهو عديم إنما هو إن لم يعلم هل اشتراها للقراض أو لنفسه بما استسلفه من القراض إلا بقوله: فحمله مالك على أنه للقراض ولم يصدقه؛ ولذا قال: يباع إن لم يكن له مال، وحمله ابن القاسم على أنه لنفسه سلفًا من مال القراض بل لم يصدقه أنه اشتراها للقراض إن زعم ذلك على ما في سماعه.

أبو زيد: ولذا قال: لا تباع؛ لأنه يتهم على إرادته بيع أم ولده، وأما إن علم أنه اشتراها لنفسه بمال تسلفه من القراض لم تبع واتبع بالثمن الذي اشتراها به قولًا واحدًا كما لم يختلف، وإن اشتراها للقراض ببينة تقوم على ذلك يوم وطئها فحملت ولا مال له في أنها تباع فيما لزمه من قيمتها.

قُلتُ: في قوله: إن علم أنه اشتراها لنفسه لم تبع اتفاقا نظر؛ لأن مال القراض إنما أخذه للتنمية فشراؤه به لنفسه لغو كما لو اشترى به لنفسه شيئًا نهى عن شرائه، فإنه لا يختص بربحه ولا يسقط تعلق حق رب المال عليه فيه وإيلاده إياها كعتق مديان لا كإيلاده؛ لأن إيلاده مأذون له فيه بخلاف إعتاقه؛ ولذا قال الباجي: لو اشترى المودع بالوديعة جارية أحبلها لم تبع في عسره؛ لأنه لم يأخذ المال للتنمية فيكون في ذلك مبطلًا قصد ربها والبضاعة والقراض دفعا للتنمية، فالحاصل إن كان مليًا ففي غرمه قيمتها يوم الوطء أو الأكثر منها يوم الوطء أو يوم الحمل أو الثمن، ثالثها: الأكثر من قيمتها يوم الوطء أو الثمن، ورابعها: الأكثر من قيمتها يوم الوطء أو يوم الحمل، وخامسها: قيمتها يوم وفى رأس المال، وسادسها: الوقف للباجي عن الموازيَّة ومحمد وابن حبيب، ونقل ابن الحاجب: ولا أعرفه لغيره وأبي عمر عن ابن وَهْب عن مالك، ثم وقفه وإن كان عديمًا ففي بيعها لجبر رأس المال أو له ولحظ ربه من الربح مطلقًا أو إن اشتراها للقراض، وإن اشتراها لوطء اتبع بالثمن، ثالثها: إن علم ببينة شراؤها للقراض بيعت لغرم قيمتها يوم الوطء، وإن علم بها شراؤها لنفسه اتبع بالثمن اتفاقًا فيهما وإلا جاء القولان لحمل بعض أهل النظر الرواية على الأولين، وحملها ابن رُشْد، ورابعها: للباجي عن ابن القاسم: إن اشتراها لنفسه غرم ثمنها، وقال مرة: قيمتها، وخامسها: له

عن ابن حبيب: إن أحبل أمةً من القراض فلزمه اتباعه بقيمتها يوم الوطء دون قيمة ولدها ونقصها الوطء أو يبيعها فيما يجب له في قيمتها يوم وطئها إن نقص ثمنها عنه تبعه بباقيه، وسادسها: عن عيسى: له التمسك بحظه منها وفي اتباعه بقيمة الولد قولان له مع ابن القاسم واختيار أشهب من ضمن قيمة أمة بالوطء من شريك أو مقارض لا شيء عليه من قيمة ولدها بناءً على اعتبار يوم التقويم أو يوم الوطء، وسابعها: إن أعتق للصقلي: عن ابن حبيب: يباع منها بقدر الثمن وحظ رب المال من الربح إن كان، ويبقى حظ العامل منها لعله يبتاع باقيها فتصير له أم ولد وإن لم تكن بيعت كلها في الثمن إن لم تف به اتبع بباقيه ولا غرم عليه للولد؛ لأنه ضمنها بوطئه، وضعفها الصقلي بثلاثة أوجه: تسويته بين شرائها لنفسه أو القراض، وجعلها أم ولد بالوطء الأول إنما تصير له أم ولد بإيلاد آخر، وقوله: ليس عليه في الولد شيء خلاف.

ابن الحاجب: إن أحبل من اشتراها للوطء لا للقراض وهو معسر فقال ابن القاسم: يتبع بالثمن وعنه بالقيمة، وقال مالك: تباع كأمة القراض، وقال الباجي: لو قامت بينة لم تبع وفاقًا.

قال ابن عبد السلام: ما نسبه للباجي غير صحيح، إنما هو مقتضب من كلام ابن رُشْد حسبما قدمناه، ذكره ابن شاس عن ابن رُشْد لا عن الباجي لكن ابن شاس إذا ذكر الباجي في غالب الأحوال يقول: قال القاضي أبو الوليد، وإذا ذكر ابن رُشْد يقول: قال الشَّيخ أبو الوليد، وكذا ذكرهما في هذا الفصل فلم يفرق المؤلف بينهما وظنهما شخصا واحدا وأن ذلك الشخص هو الباجي.

قال ابن هارون: ووقع له مثل هذا في مواضع.

قال ابن عبد السلام: على أن ابن شاس لو عكس ما وصف به الشخصين كان أولى؛ لأن ابن رُشْد ولي قضاء الجماعة بقرطبة كمكره ولم يزل يسعى في عزله حتى عزل، والباجي إنما ولي قضاء أربولة ولا قدر لها بالنسبة إلى قرطبة.

قُلتُ: إنما يلزم ابن شاس ما ذكره من الأولوية أن لو جمعهما وقت واحد أو متقارب أما إذا تقدم أحدهما على الآخر وسبقت شهرة أحدهما بوصف القاضي فلا

يتأتى تحلية الثاني بذلك الوصف دفعا للاشتراك، والباجي لتقدمه وشهرته مظنة لتحليته بوصف القاضي فلدفع الاشتراك حلى ابن رُشْد بالشَّيخ لاتفاقهما في الاسم وافتراقهما في الزمان واضح، ذكر غير واحد أن الباجي ولد ببطليوس يوم الثلاثاء الخامس عشر من ذي القعدة سنة ثلاث وأربع مائة، وتوفي بألمرية ليلة الخميس التاسع عشر لرجب سنة أربع وسبعين وأربعمائة، رأيت لبعض من هو في طبقة شُيُوخنا التونسيين الموثوق به في بعض تواليفه قال: كان يشهد مجلسه أربعون ألف فقيه شهدوا جنازته دون العامة، ولد ابن رُشْد بقرطبة في شوال سنة خمسين وأربعمائة، وتوفي بها يوم الأحد الحادي عشر من ذي القعدة سنة عشرين وخمسمائة.

وفيها: إن أعتق العامل عبدا اشتراه بمال القراض قيمته مثله أو أقل أو أكثر وهو موسر أو معسر قال: لا أحفظه عن مالك إلا حمل جارية القراض منه، وأما العتق فأرى إن كان موسرًا غرم لرب المال رأس ماله وحظه من الربح إن كان، وإن لم يكن له مال بيع بقدر ذلك وعتق حظه.

اللخمي: يمضي عتقه في يسره بالقيمة إن اشتراه للقراض، وإن اشتراه لنفسه فالأكثر منها يوم العتق ومن ثمنه، وقال غيره: لرب المال إمضاء عتقه أو رده وإن كان موسرًا، إلا أن يكون في العبد فضل فينفذ عتقه للشرك الذي له فيه، وهذا كمن وكل على بيع فباعه من نفسه وأعتق هل يمضي عتقه أو يرد.

ابن رُشْد: إن كان موسرًا غرم لرب المال رأس ماله إن اشتراه للعتق وقيمته يوم العتق إن اشتراه للقراض إلا قدر حظه من الربح إن كان، وعلى قول غير ابن القاسم فيها وهو مذهب المغيرة: إن كان فيه فضل عتق عليه حظه وقوم عليه حظ رب المال، وإن لم يكن فيه فضل لم يعتق منه شيء، وهذا إن اشتراه بكل مال القراض، وإن اشتراه من عرض مال القراض عتق عليه عند ابن القاسم وجبر القراض من ماله بقيمته يوم العتق إن اشتراه للقراض أو بالثمن إن اشتراه للعتق خلافًا للمغيرة وغير ابن القاسم المتقدم، وإن كان معسرًا لم يعتق منه شيء إلا أن يكون فيه فضل فيباع منه لرب المال بقدر رأس ماله وربحه ويعتق الباقي على العامل.

وفيها: إن أعتقه رب المال جاز عتقه وضمن ربح العامل إن كان فيه ربح.

الصقلي عن الشَّيخ: إن كان عديما اتبع بذلك، قال يحيى: لا يعجبني هذا؛ يريد: بل يباع بقدر ربح العامل ويعتق ما بقي.

عياض: قول غيره في آخر الباب (كل من جاز له أن يبيع شيئًا أطلقت يده عليه... إلخ المسألة) صحيح لابن باز عند ابن عتاب، وقال ابن وضاح: أمر سَحنون بطرحه وسقط من كتاب ابن المرابط.

قُلتُ: لفظ قول الغير في نسختي: كل من جاز له أن يبيع شيئًا أطلقت له فيه يده فباعه من نفسه وأعتقه فالأمر بالخيار؛ إن أجاز فعله نفذ عتقه، وإن رد فعله لم يجز عتقه إلا المقارض فإنه إن كان في المال فضل نفذ عتقه للشرك الذي له فيه وإلا الأب في ابنه الصغير إن فات العبد بعتق لزمته القيمة إن كان له مال، وإن اشتراه لنفسه ثم أعتقه نفذ عتقه ولزمه الثمن.

قُلتُ: ومقتضى هذه الزيادة خلاف ما ذكرناه للخمي من قوله: وهذا كمن وكل على بيع؛ فتأمله.

الصقلي: عن ابن القاسم في العتبيَّة والموازيَّة: إن كاتب العامل عبدًا من القراض فودى وعتق فلرب المال رد عتقه وما قبض منه غلة لابن ميسر إلا أن يكون إنما وداه عنه أجنبي ليعتق فينفذ إن لم يحاب.

ابن القاسم: وإن أجاز رب المال عتقه فلا شيء للعامل من ولائه إلا أن يكون فيه فضل فيكون له قدر حظه منه.

وفيها: لو تعدى فدفعه العامل قراضًا لغيره بأكثر من جزءه ضمنه، وإن ربح الثاني فرب المال أحق بحظه من الثاني ويتبع الأول بتمامه، ولو دفعه بعد خسارة نصفه لغيره بقدر حظه جاهلًا خسارته ففي كون ربه أحق برأس ماله وحظ ربحه فيتبع الثاني الأول بباقي حظه في ربح ما عمل به، وكونه أحق بذلك فيتبع ربه الأول بتمام ما يجب له من رأس المال وحظه من ربحه بعد جبر خسارته.

قولا ابن القاسم وأشهب قائلًا: لو كان نقص نصفه بتعدي الأول تبعه بتمام

مجموع نصفه المتعدى عليه، ورأس مال الثاني ونصف ربحه، وحكى اللخمي قول أشهب في دفعه بأكثر من حظه دون خسارة ولا تعد، وعبر عنه بالغير، وكذا هو في المدَوَّنة وتسميته أشهب هو لفظ البراذعي والصقلي.

اللخمي: ولو دفعه لغيره بأقل من جزءه فالفضل لربه لا له؛ لأنه لم يعمل، وعلله الصقلي مع التونسي بأن القراض جعل لا يصح إلا بالعمل.

ابن عبد السلام: لا يبعد جريان الخلاف فيه؛ لأن العامل الأول كان ضامنًا للمال لو تلف بيد الثاني فينبغي أن يوفى له بشرطه في الربح لضمانه، وإنما يخالف القراض الوديعة إذا تعدى فيها من غير هذا الوجه.

قُلتُ: ما تقدم للتونسي من كونه جعلًا يرد استحقاقه جزءا من الربح مع عدم عمله، ولذا قال اللخمي: لا يبضع العامل؛ لأن عمل القراض معلق بعمله بخلاف المساقات، فإن أبضع ضمن الخسارة وإن ربح والبضاعة بأجر كانت في ذمة العامل إن كانت أكثر من حظه من الربح غرم الزائد، وإن كانت أقل منه كان فضله لرب المال لا له، وإن كانت البضاعة مكارمة دون أجر فللعامل الأقل من جزء الربح أو إجارته مثل الذي عمل؛ لأنه لم يتطوع بعمله إلا لعامل القراض لا لربه، وتقدم في فضل تعدي العامل حكم جناية رب المال على مال القراض وحكم محاصته غرماء العامل، وتقدم حكم انحلال عقده وبما يلزم، ابن الحاجب: ولكل منهما فسخه قبل العمل ويلزم بعده حتى ينض وبعد الظعن، ومثل الزاد والسفرة لا يمنع، ابن عبد السلام: ظاهره أن عدم المنع من الجانبين وأن شراء العامل الزاد والسفرة للسفر بالمال لا يمنع حله إن أراد رب المال أو العامل، وإنما ذكر محمد أن ذلك لربه ولم يذكره للعامل ودعوى التسوية بينهما مردودة بالفرق؛ لأن طلب ربه الحل لا يضر بالعامل إذا رضي ربه بأخذ السفرة والزاد وطلبه العامل دون ربه يضر به لذهاب بعض رأس ماله في الزاد والسفرة.

قُلتُ: لفظ محمد: لو اشترى مثل الزاد والسفرة، فإن رضي رب المال بأخذ ذلك بما اشتراه فذلك له إذا ثبت هذا، فإن زعم أن كلام ابن الحاجب يدل على أن للعامل حله بإلزامه ربه أخذ الزاد والسفرة بثمنهما من رأس ماله فليس كذلك، وما ذكره من

ضرر رب المال إنما يلزم محمل كلام ابن الحاجب على ذلك، ومعنى كلام ابن الحاجب أن للعامل حله بدفعه لربه ثمنهما كما كان ذلك لربه بثمنهما، وإن كان هذا لربه كان للعامل أحرى، بيان الأحروية أن ثبوت ذلك لربه يدخل على العامل الضرر الناشئ عن تصيير تكلفه شراء الزاد، والسفرة مجانًا وثبوته للعامل بغرمه ثمنه لا يدخل على رب المال ضررًا بحال، وسمع ابن القاسم: من أخذ قراضًا فتجهز منه بطعام وكسوة، ثم هلك ربه فللوصي أخذ ذلك المال ويأخذ معه الطعام والكسوة التي اشترى من مال الميت، سَحنون: ليس له ذلك؛ لأن ربه لو كان حيًا لم يكن له أخذ ذلك منه إلا أن يكون لم يحرك من المال إلا في كسوة نفسه وطعامه فهو كما ذكر ابن رُشْد معنى ما تكلم عليه مالك هو ما استثناه سَحنون، وذلك بين من قوله: ويأخذ معه الطعام والكسوة التي اشترى من مال الميت، يريد ولا تترك له؛ لأنه اشتراها لنفسه ولو قل قدرها إذ لم يعمل بعد بالمال، فقول سَحنون صحيح في أنه لا فرق في ذلك بين الوصي وبين ربه لو كان حيا، وتأويله على مالك أنه فرق بين الوجهين غير صحيح، وينبغي إذا أخذت منه الكسوة التي اشترى لنفسه والطعام وأخرج من القراض أن يعطى أجر مثله في ابتياعه الكسوة والطعام.

قُلتُ: لو ثبت له في ذلك حق لما كان لرب القراض أو وصيه حله عليه والحكم بنفوذ حله عليه ملزوم للغو مؤنة شرائه ذلك، ولابن رُشْد في أول نوازل أَصْبَغ القراض لا يلزم بالعقد يشبه في بعض حالاته الجعل ويفارقه في أكثرها له حكم يخصه شبه المساقات إلا أنه لا يلزم بالعقد.

وفيها: لمالك ليس لرب المال جبر العامل على بيع سلع قراضه لأخذ رأس ماله، وينظر الإمام فيها إن رأى وجه بيعها عجله وإلا أخره إلى إبان سوقها كالحبوب تشترى في الحصاد ترفع لإبان نفاقها والضأن تشترى قبل أيام النحر ترفع ليومه.

اللخمي: وكذا العامل إن أراد تعجيل بيعها وأبى ربها فإن عجله أحدهما قبل أسواقه رد بيعه، فإن فات بها مشتريها مضت بما بيعت به إن كان قيمتها يوم بيعها، والقياس أن يكون للمتعدى عليه مقال على البائع فيغرمه الجزء الذي كان يرجو أن

يربحه فيها، وسمع عيسى ابن القاسم: إن ابتاع العامل سلعًا وسافر بها إلى اطرابلس فقام عليه بها غرماء رب المال بيع فأعطى العامل حظه وما بقي لغرماء رب المال، ولو قام على العامل غرماؤه وطلبوا بيعه ليأخذوا حظه من الربح لم يبع لهم حتى يحضر رب المال.

ابن رُشْد: معنى بيعه لغرماء رب المال إن كان لبيعه وجه لا ضرر فيه على العامل، ولو كان عليه ضرر لربح يرجوه في أسواقه لم يبع عليه حتى يأتي سوقه، وكذا في تفسير ابن مزين رواية محمد، وهو معنى ما في المَدَوَّنة: وعدم بيعه لغرماء العامل حتى يحضر ربه لا إشكال فيه؛ لأنه لا ربح له في المال حتى يرجع لرب المال رأس ماله، وتقدم في رسم البيوع من سماع أَصْبَغ من كتاب المديان زيادة ل أَصْبَغ مشكلة.

قُلتُ: لفظ الزيادة بعد ذكر ما تقدم قال أَصْبَغ مثله؛ لأنه ليس للعامل في المال بعينه شيء، ولا يجبر العامل على البيع ولا يمنع منه، فإن باع ونض قضى لهم بحق صاحب المال في دينهم.

ابن رُشْد: لا وجه لقوله إلا أن يكون معناه أنه لا يجبر على البيع ولا يمنع منه إن شاءه إذا قام عليه غرماء رب المال ولا وجه لبيعه في ذلك الوقت.

قُلتُ: ذكر التونسي المسألة عن الموازيَّة وقال: الأشبه أيضًا ألا يكون لغرماء رب المال ذلك؛ لأنه لو كان حاضرًا لم يكن له أخذ المال في غير البلد، وينبغي لو نض في غير البلد ألا يأخذه؛ لأن على العامل ضررًا في رجوعه بغير المال.

قُلتُ: في قوله: ينبغي نظر؛ لأن نضوض المال يجب لكل منهما حل القراض، ولو خرج به ولم يشتر به شيئًا حتى قام غرماء رب المال لم يكن لهم شيء؛ لأنهم إنما يتسببون به وهو غير قادر على أخذه فكذا غرماؤه، كما لو عقد أكرية لم يكن لهم نقض عقوده، وسمع ابن القاسم: أخذ رب المال نصف سلع القراض لحاجة نزلت به على أن ربح نصفها الباقي للعامل لا خير فيه، ابن القاسم: إذ لعله لا يسوى إلا رأس ماله أو لا يربح أو يربح درهمًا فهو مخاطرة.

ابن رُشْد: عن ابن حبيب: إلا أن يكون باعه ذلك النصف بنصف رأس ماله

الباقي فيكون ضمانه من العامل فلا بأس به، وسمع إن باع العامل بدين أو أسلف في طعام ثم كره التقاضي فأسلم ذلك فرضي رب المال لا بأس به كما لو أسلمه وارثه أنكرها سَحنون.

ابن رُشْد: هذا كقوله في رسم الشجرة، وإنكار سَحنون صحيح؛ لأن الوارث لا يلزمه تقاضي دين القراض إنما هو حق له إن طلبه فمن حقه أن يسلمه فيكون بإسلامه واهبًا لرب المال ما عمله مورثه فلا مغمز فيه وتقاضي العامل واجب عليه يلزمه الاستئجار عليه من ماله إن أبى أن يليه بنفسه، فكما لا يجوز له أن يستأجر على ذلك بحظه من الربح فلا يجوز أن يسلمه لربه؛ لأنه استئجار له بحظه من الربح، والأظهر أنه لا يجوز، ووجه إجازته جعل إسلامه له هبة منه متقدم عليه لا إجارة، إذ لا يلزم ربه بذلك تقاضي الدين ونض المال؛ لأن المال ماله يفعل فيه ما شاء من بيع وهبة وغير ذلك.

قُلتُ: فيكون بإسلامه واهبًا لرب المال ما عمله مورثه مشكل بأنه لو كان هبة لافتقر للقبول؛ بل هو بإسلامه ممتنع من إرثه ويقوم منه أن إرث المال غير الملزوم لإرث لا يدخل ملك وارثه كدخول الهبة في ملك المحجور يفتقر للقبول إلا في هبة من يعتق عليه.

وفيها: إن مات العامل، فإن كان وارثه أمينًا أتم عمله وله حظه، وإن لم يكن أمينًا أتى بأمين ثقة بدله وإلا أسلم المال لربه ولا شيء للوارث، وصرح اللخمي وغيره بدليل قولها، وهو قدرة الوارث على العمل وإلا أتى بقادر عليه أمين بدله.

قال: ولم يلزم الوارث أن يستأجر من مال العامل من يتم عمله؛ لأن عمل القراض متعلق بعين العامل لا في ذمته، وإن كان فيه ربح حين إسلامه لقول مالك وابن القاسم لا شيء للوارث فيه كالمساقي يعجز فيسلم الحائط لربه لا شيء له، وقال في أجير على حفر بئر حفر بعضها وترك باقيها اختيارًا فاستأجر رب المال من أتمها له عليه للأول قدر ما انتفع بعمله فعليه يكون لورثة العامل في المساقات والقراض كذلك، وهو فيهما أبين؛ لأن الكل جعالة، ومن حيل بينه وبين التمام أعذر في أن لا

يبطل عمله، وذكر ابن عبد السلام هذا مقررًا به التناقض بين قولها في القراض والمساقات وبين قاعدة المذهب في الجعل كأنه من عند نفسه، ثم قال: ولما قوى هذا الإشكال عند بعضهم خرج منه خلافا في المسألة، ويرد ما ذكره من التناقض، وتخريج اللخمي أن الأجير في الجعل ألزم منه في المساقات والقراض للزومية تمام العمل في الجعل الأجر قطعًا وعدم ملزوميته له في الآخرين ضرورة خيبة العامل في المساقات والقراض إن لم تكن ثمرة ولا ربح فالعامل في الجعل إنما دخل على البت بالعوض فوجب الوفاء له بما عليه دخل والعامل في الأخيرين لم يدخل على البت بحصوله ضرورة احتمال السقوط، ولا يلزم من الحكم بالعوض لمن دخل على البت بحصوله الحكم به لمن دخل على احتمال حصوله، وما ذكره اللخمي من الأحروية يرد بأن التارك في المساقات والقراض إنما هو الوارث لا الميت، وترك الوارث العمل اختياري كالأجير في الجعل، وذكر ابن رُشْد تخريج اللخمي وقال: إنه غير صحيح، قال: والفرق بينهما أن القراض يلزم العامل بالعمل، فإذا عمل كان من حق ربه أن يقول له: إما ان تتم القراض أو تذهب ولا شيء لك فيما عملت، والمجعول له لا يلزمه بشروعه تمام العمل فمن حقه تركه تمام العمل ويكون على حقه فيما عمل إن انتفع بذلك الجاعل، ولو مات المجعول له فلوارثه ما كان له من التمادي أو الترك حسبما كان لمورثه.

اللخمي: أجاز في القراض مع أن العمل فيه معلق بعين الأول أن يعمل غيره مكانه وارثه أو غيره بخلاف الأجير يموت قبل تمام عمله؛ لأن للأجير من الأجر بقدر ما عمل والقراض جعل لا يستحق فيه الأجر إلا بتمام العمل فلو لم يكن وارثه من إتمام العامل بطل ما مضى من عمل مورثه، قال ابن رُشْد في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم من كتاب المساقات: ورثة العامل إذا مات محمولون على الأمانة حتى يثبت أنهم غير أمناء بخلاف القراض هم محمولون على عدم الأمانة حتى يثبت أنهم أمناء، هذا ظاهر قولها في القراض والمساقات، والفرق أن القراض يغاب عليه والحائط في المساقات لا يغاب عليه.

اللخمي: إن كان الوارث في القراض مولى عليه نظر وصيه، فإن لم يكن في المال

فضل أو كانت الإجارة عليه أكثر من الربح أو مثله أسلم المال لربه، وإن كان فيه فضل استأجر عليه.

قال: ولابن القاسم في العتبيَّة في رجلين أخذا معًا قراضًا صفقة واحدة فمات أحدهما واشترى الآخر بكل المال فلرب المال إبقاؤه على قراضه أو تضمينه؛ لأنه ليس له أن يشتري إلا بإذن رب المال حين مات شريكه في العمل، وإن كان اشترى قبل موته ببعض المال فورثة الميت شركاء فيما اشترى قبل موته يقومون فيه معه، وما اشترى بعد موت صاحبه فرب المال فيه بالخيار حسبما تقدم، ولم يزد فيها ابن رُشْد شيئًا غير ما تقدم أن ورثة العامل محمولون على عدم الأمانة وغير ذلك مما قدمناه من كلام اللخمي.

وفيها: لمالك: إن علم العامل بموت رب المال والمال بيده عين فلا يعمل به.

الصقلي: يريد: وهو في بلد رب المال لم يخرج به لتجر، وفيها: وإن لم يعلم بموته حتى ابتاع به سلعًا مضى ذلك على القراض.

الصقلي: يريد وكذلك إن ظعن به فليمض على قراضه وإن لَمْ يشغل المال، وقول ابن الحاجب: ولو مات رب المال وهو عين فالأولى أن لا يحركه، فإن حركه فعلى قراضه خلاف ظاهر قولها فلا يعمل به، ونقلها ابن شاس على الصواب مثل ظاهر قولها، وفي القراض منها والوديعة: من مات وقبله قراض وودائع لم توجد ولم يوص بشيء فذلك في ماله ويحاص بذلك غرماؤه.

اللخمي: على القول في المودع أنه إذا لم توجد الوديعة بعد موته أنها لا تكون في ذمته فالقراض أبين في هذا الوجه من الوديعة؛ لأن الوديعة إذا لم توجد حمل على أنه تسلفها؛ لأنه الغالب بخلاف القراض؛ لأنه مأذون له في التجر فمحمله على أنه كان يتجر فيه لرب المال حتى يثبت عداؤه، ولا يحسن أن يمضي رجل بقراض فيموت بالعراق ولا يدري ما حدث عليه فيه فيباع عقاره بالمغرب مع أن الغالب أن الغريب يفرق أمواله لمن يوصلها خوف أخذها أصحاب المواريث والموضع الذي هو به لا يقدر على الإشهاد به عليهم خوف الظهور عليهم ولا يقبله حينئذ ببينة خوف أن يطلب

بأكثر منه، وأمره حين موته متردد بين أن يكون هلك أو أعطاه لمن يوصله فلم يفعل أو هلك من قبضه، فإذا كان كذلك لم يغرم بالشك، فإن خلف مالًا ولم يكن معه مال لنفسه حمل على أنه للقراض قليلًا كان أو كثيرًا، إلا أن تكون كثرة لا تشبه أن تكون للقراض فيكون للقراض ما يشبه أن يكون لربه والزائد عنه ميراث، وإن كان للعامل مال وعلم قدره ووجد المالان مختلطين وكان ربح فض على قدر المالين على قدر ما يقول من سافر معه أنه يربح في كل صنف كان معه، وإن جهل معرفة البيع فض على قدر المالين، وكذا الخسارة إن لم يكن في المال الموجود وفاء بالتجارتين، فإن علم أنه خسر في أحدهما حملت الخسارة عليه، وإن لم يعلم فضت على قدر المالين، وإن لم يعلم حقيقة المال الذي لصاحبه وعلم قدره ونحوه كان شريكًا في الربح والخسارة بما لا شك أنه كان له، وإن لم يعلم قدره وفي سلع القراض ربح بدئ بمال القراض وبما يرى أنه ربح فيه والباقي ميراث على العامل.

وفيها: إن أقر بوديعة أو قراض بعينه في مرضه وعليه دين ببينة في صحته أو بإقراره في مرضه هذا قبل إقراره بذلك أو بعد فلرب الوديعة أو القراض أخذ ذلك بعينه دون غرمائه، وإن لم يعينها وجب الحصاص بهما مع غرمائه، وسمع ابن القاسم: من هلك وقبله قراض أو ودائع وقراض وعليه ديون ولم يوجد عنده شيء من ذلك يعرف ولم يوص فإنهم يتحاصون فيما ترك إلا أن يوصي في مال بعينه فيجوز لمن أوصى به من قراض أو وديعة لمن لا يتهم عليه.

ابن القاسم: ولا يصدق في الفلس؛ لأنه لو أقر عند الموت بدين لأجنبي جاز إقراره، ولو أقر به في الفلس لم يجز إقراره.

ابن رُشْد: قوله: يتحاصون فيما ترك إلا أن يوصي في مال فيجوز لمن أوصى له به من قراض أو وديعة لمن لا يتهم عليه صحيح لا اختلاف في شيء منه أعلمه، وقوله: لا يصدق في التفليس فيما أقر به من قراض أو وديعة فيه اختلاف أحد قولي مالك في رسم العرية من سماع عيسى أن ذلك جائز، يريد: مع يمين المقر لهم، وقال ابن القاسم هنا وفي آخر الوصايا الثاني منها، وفي رسم البيع والصرف من سماع أَصْبَغ وفي رسم

الأقضية من سماع أشهب أنه لا يجوز، وقال ابن القاسم في سماع أبي زيد: إنه يجوز إن كان على الأصل بينة، ولا يجوز إن لم يكن على الأصل ببينة، وقيل: رواية أبي زيد مفسرة لأحد القولين.

الصقلي: عن ابن حبيب: ما عينه في الفلس فربه أحق به، وإن لم يعين شيئًا فلا يحاص بذلك ربه الغرماء كما لا يصدق في الدين، وكذا فسره أَصْبَغ، وفيه خلاف وهذا أحسن، وكذا في العتبيَّة والموازيَّة، وقولها شرط ضمان العامل يفسده دليل أنه لأمانته.

الباجي: اتفاقًا، وفي كون نفيها بشرط ضمانه يفسده أو بنقله لكونه سلفًا على العامل المشهور، ونقل المتيطي عن فضل عن مُطَرِّف: إن شرطه فتلف ضمنه، فلو ربح فيه فله ربحه، وفي صحة الطوع به بعد عقده قبل إشغاله قولا أبي المُطَرِّف وتلميذه ابن عتاب منكرًا عليه قوله، ورجحه ابن سهل محتجًا بسماع عيسى ابن القاسم منع طوع العامل بالنفقة من ماله قبل إشغاله، ووجه الأول بسماع ابن القاسم جواز سلف أحد الشريكين في الحرث حظ صاحبه من الزريعة.

قُلتُ: ولظاهر قولها: كل ما بيع على خيار وسلم عقده من شرط النقد جاز التطوع بالنقد في ذلك، فإن ادعى سرقته أو ضياعه صدق.

اللخمي: إن قال سقط مني أو لقيني لصوص انتزعوه مني أو غرق أو ما أشبه ذلك فالقول قوله؛ لأنه أمين؛ مأمونًا كان أو غير مأمون؛ لأن رب المال رضيه أمينًا، واختلف في يمينه، وأرى أن يحلف إن كان غير مأمون، وإن كان ثقة لم يحلف إلا أن يقوم دليل تهمة، وإن قام دليل كذبه أغرم وإن كان عدلًا، وفي أحكام ابن سهل: من قرئ عليه عقد بمال قراض، فقال له القاضي: أعندك هذا المال؟

قال: عندي.

قال: فقال له: فأعطه إياه.

قال: بعضه بموضع كذا وهو غنم، فقيل: وهذا الذي عندك، فقال: ثم أشياء، قيل: ما هي؟

قال: مات كثير من الغنم، فأفتى ابن عتاب: عليه حميل بوجهه حتى يثبت موتها،

وإن لم يقم حميلا فليلازمه الغلام حتى يثبت ذلك، فدعا رب المال إلى اعتقال فرس المطلوب خوف تغييبه ويدعي العدم، فأفتى ابن عتاب باعتقاله واعتقال كل ما في منزله مما هو للرجل، وأفتى ابن عبد الصمد: لا ضمان عليه ولا يلازمه غلام؛ لأن القراض أمانة لا في ذمة، ابن سهل: الصواب لزوم هذا المال ذمته لقوله أولًا: جميع المال عندي، وهذا إقرار به، فلا تقبل دعواه أنه ذهب بموت أو غيره.

اللخمي: إن ادعى خسارة لأجل نزول الأسواق سئل أهل تلك الصنعة هل أتى بما يشبه أنه خسره في مثل تلك المدة في ذلك المال، وكذا إن سافر سئل أهل الثقة ممن سافر معه عن السفر الذي كانت عليه البياعات في مثل ما مضى به، فإن أتى بما يشبه وإلا لم يصدق ورد لما يشبه، وإن اختلفا في ثمن ما قدم به سئل عن أثمانه بذلك الموضع الذي اشترى به، فإن عدمت البينة وأشكل الأمر قبل قول العامل دون يمين إن كان ثقة إلا أن يقوم دليل تهمة، وإن شهدت بينة مستورة لم تبلغ العدالة بخلاف قوله: حلف.

الباجي: إن ادعى خسارة عرف وجهها صدق، وإن ادعى من ذلك ما لا يعرف فروى ابن أيمن أنه ضامن.

قُلتُ: إنما نقل اللخمي غرمه إذا قام دليل على كذبه في دعواه التلف وهو أخص من نقل الباجي هذا أنه إن ادعى ما لا يعرف ضمن، وقول ابن عبد السلام دعوى الخسارة لا يحلف فيها المتهم ولا غيره إلا أن تشهد بينة من أهل الستر لم يبلغوا العدالة على خلاف قوله خلاف مفهوم قول اللخمي: إن أشكل الأمر قبل قول العامل دون يمين إن كان ثقة ومفهوم قول الباجي: أنه إن ادعى خسارة عرف وجهها صدق، وفي الوديعة منها من بيده لرجل قراض أو وديعة، فقال: رددت ذلك إليك؛ صدق إلا أن يكون قبض ذلك ببينة فلا يبدأ إلا ببينة، ومثله في غيرها وفي كلام غير واحد من الشُيُوخ تقييد البينة؛ لأنها للتوثق، وفسرها اللخمي حسبما تقدم في الوديعة.

قال: ولابن القاسم في الموازيَّة: من اكترى ما يغاب عليه فادعى رده فالقول قوله ولو أخذه ببينة.

قال محمد: وهو الصواب، وعليه يكون القول قوله في القراض ولو أخذه ببينة

وهو أحرى؛ لأنه أخذه على الأمانة.

قُلتُ: ما ذكره عن ابن القاسم عزاه له ابن رُشْد من رواية أَصْبَغ.

قال: وتأول أَصْبَغ عليه أنه فرق بين القراض والوديعة وبين المفرض المستأجر في دعوى الرد إذا قبضه ببينة، وفي النوادر لابن القاسم ما ظاهره مثل ما تأول عليه أَصْبَغ، والصحيح أن لا فرق بين ذلك.

قُلتُ: وهذا النقل المخرج ذكره ابن شاس وابن الحاجب نصًّا، قال ابن عبد السلام: ولا يبعد صحته على أصول المذهب.

قُلتُ: عدم بعده عن أصول المذهب لا يناسب تعليل ثبوته نصًّا عليه؛ بل تعليل ثبوته مخرجًا، وافتقار اللخمي وابن رُشْد لتخريجه وعدم ذكره نصًّا يدل على عدمه، ومعلوم نسبة حفظهما إلى حفظهما.

وفيها: إن قال العامل: رددت إليك رأس المال وما بيدي ربح، وقال ربه: لم تدفع لي شيئًا صدق ربه ما دام في المال ربح وعلى العامل البينة.

الصقلي: عن ابن القاسم: معناه إن قال: ما بيدي ربح بيني وبينك؛ لأنه أقر ببقاء حق رب المال بيده، ولو قال: رددت إليك المال وحظك من الربح وما بيدي هو حظي منه لقبل قوله إن كان قبضه بغير بينة كما لو لم يكن ربح فادعى أنه رده لربه لقبل قوله مع يمينه.

اللخمي: ينبغي قبول قول العامل، وكذا إن قال: هذا ربحي، كما لو قال: رددت إليك بعض رأس المال؛ لا فرق بين قوله: رددت بعض رأس المال أو جميعه دون الربح أو لم أربح شيئًا أو ربحت وسلمت إليك رأس المال أو حظك منه، وروى محمد في المساقي يقول بعد جذ الثمرة لرب الحائط: دفعت إليك حظي؛ القول قوله فكذا القراض.

قُلتُ: ففي قبول دعوى العامل رد المال دون إبقاء الربح بيده، ثالثها: إن ادعى رد حظ رب المال منه للخمي ولها وللقابسي، ومن أنكر قراضًا ثم أقر به مدعيًا تلفه أو رده ففي قبول قوله بيمين ثالثها في التلف لا الرد لسماع ابن القاسم في رسم طلق ابن حبيب

ورواية عيسى بلاغًا وسماعه ابن القاسم.

ابن رُشْد: من هذا الأصل من أنكر دعوى فقامت بها بينة فجاء بما بينة يخرجه منها ببينة ببراءته أو دعوى لو جاء بها قبل إنكاره قبلت منه وشبه ذلك ففي قبول ذلك منه ثالثها: في اللعان إذا ادعى رؤية بعد إنكاره القذف وأراد اللعان وشبهه من الحدود، ورابعها: في الحدود والأصول إلا في الحقوق لابن نافع في رواية حسين بن عاصم وغير ابن القاسم في لعانها فأحرى في غير الحدود ومحمد وابن كنانة.

قُلتُ: وعزاه في القراض لابن القاسم في المدَوَّنة.

ابن حارث: من قال لمن ادعى عليه قراضًا: ليس لك عندي مال فقامت عليه البينة فقال: ضاع مني؛ قبل قوله اتفاقًا، ولو قال: لم تعطني شيئًا، فلما قامت عليه البينة قال: ضاع مني؛ فذكر نحو ما تقدم.

وفي الموطأ: إن سأل رب المال عامله عن المال فقال: هو عندي وافر، فلما أخذه به قال: هلك منه كذا، وإنما قلت ذلك لتقره عندي لأخذ بإقراره إلا أن يأتي بأمر يعرف به قوله، وكذا لو قال: ربحت فيه كذا، ثم قال: ما ربحت فيه شيئًا ما قلت ذلك إلا لتقره بيدي؛ أخذ بإقراره إلا أن يأتي بأمر يعرف به صدقه، وإن اختلف عامل القراض وربه في قدر الربح قبل العمل ففيها رد المال إلا أن يرضى بقول ربه.

التونسي: دون حلف؛ لأن له ارتجاعه، وبعد العمل فيها القول قول العامل إن أشبه.

اللخمي: إن كان المال بيده أو أسلمه لربه موقوفًا حتى يسلم رأس المال، ثم يقسمان ربحه، ولو أسلمه له ليستوفي رأس المال وحظه من الربح فالقول قول ربه، وفيها: إن لم يشبه قول العامل رد القراض المثل.

الصقلي: عن ابن حبيب: القول قول ربه إن أشبه وإلا رد لقراض المثل، وقاله أشهب.

قال: وقال الليث: إن لم يكن لهما بينة رد لقراض المسلمين وهو النصف، زاد ابن حارث: قال عبد الملك: قول مالك أحب إلي، ولو أخذ آخذ بقول الليث ما أخطأ.

قُلتُ: يحتمل كون قول الليث وفاقًا؛ لأن قوله: قراض المسلمين النصف؛ يقتضي كونه عرفًا تقرر، فدعوى كل منهما خلافه غير مشبهة، وما ذكره عن ابن حبيب من أن القول قول ربه إن أشبه ولم يشبه قول العامل به فسر الباجي المذهب غير معزو لابن حبيب، وإن دفع المال على الثلثين ولم يدع أحدهما أنه بين الثلثين لمن هما له، ففي الموازيَّة: من أشبه منهما أن له الثلثين فهما له، فإن أشبهها معًا كانا للعامل.

التونسي: إن ادعى كل منهما على صاحبه أنه فهم عنه أن له الثلثين فكتصريح الدعاوي القول قول العامل إن أشبه، وإن قال كل منهما: لم أفهم عن صاحبي شيئًا وظننت أني المعني بالثلثين فكل منهما سلم الثلث لصاحبه، وبقي ثلث يقسم بينهما نصفين كشيء يشكان فيه لا مزية لأحدهما فيه، وعلى تأويل محمد لما تكافت دعواهما جعله لحائزه وهو العامل، كقول أشهب في مال بين رجلين ادعى أحدهما نصفه والآخر ثلثيه أنه يقسم بينهما نصفين؛ لأن أيديهما معًا على المال وكان السدس الذي ادعاه مدعي الثلثين لا يد له عليه ويد مدعي النصف يده عليه.

قُلتُ: مسألة القراض لا تشبه مسألة أشهب لاختصاص العامل بالحوز حسًا، بخلاف المتداعيين في مسألة أشهب.

الباجي: إن قالا: الربح على الثلث والثلثين ولم يسميا في العقد لمن الثلث، ثم أراد كل منهما عند المقاسمة أن له الثلثين فإن أشبه أن يكون للعامل أو لكل منهما، فقال محمد: للعامل الثلث، وقال بعض متأخري المغاربة: القول قول العامل مع يمينه إن ادعى أنه نوى ذلك، وإن أشبه قول رب المال وحده فعلى القول الأول له الثلثان دون يمين، وعلى القول الثاني القول قوله بيمين إن ادعى النية، وإن لم يشبه قول واحد منهما فعلى القول الأول يردان لقراض المثل دون يمين، وعلى الثاني يردان إليه بعد أيمانهما، والنية عندي غير مؤثرة في هذه المسألة، والأظهر عندي أن يردا في كل وجوهها لقراض المثل، وعلى القول الثاني يردان إليه كالقراض المبهم، ولا معنى لاستحلاف أحدهما؛ لأن الثاني لا ينكر ما يدعيه ولا يستحق بما يدعيه من النية شيئًا، ولو صدقه صاحبه فيما يدعيه من ذلك لم ينفعه.

قُلتُ: ظاهر نقل الباجي عن محمد: القول قول العامل إن أشبه قوله أو قولهما دون يمين، وقبله ابن مرزوق.

وفي النوادر ما نصه من كتاب محمد: قال ابن القاسم: إن أخذ قراضًا على الثلث والثلثين ولم يسميا من له الثلثان، ثم اختلفا فالعامل مصدق ويحلف إن ادعاه.

قال محمد: بل أجعل الثلثين لمن يشبه أن يكونا له منهما، فإن أشبههما كان ذلك للعامل ويحلف إن ادعاه.

محمد: وإن قال العامل: لي ربح عشرة دنانير وثلث ما بقي، وقال ربه: بل ثلثا كل الربح لي؛ فالعامل مصدق؛ لأنه ادعى أمرًا جائزًا.

وفيها: إن ادعى أحدهما ما لا يجوز كدعوى أن له من الربح مائة درهم ونصف ما بقي صدق مدعي الحلال منهما إن أتى بما يشبه، وسمع ابن القاسم: إن حاسب العامل رب المال، وقال: هضمت لك وحملت على نفسي، ثم يدعي بعد ذلك أنه نسي الزكاة وغير ذلك لم يقبل قوله إلا ببينة أو أمر يعرف به وجه ثبات ذلك، ولو قال بعد دفعه لرب المال رأس ماله وربحه: أنفقت من مالي ونسيت حين دفعت إليك حلف وقبل قوله.

ابن رُشْد: لا اختلاف أنه لا يصدق فيما ادعى أنه نسيه عند المحاسبة لقوله: هضمت وحملت؛ لاحتمال أن يكون هذا الذي ادعى أنه نسيه هو الذي تهضم فيه إلا بدليل صحة دعواه، والمسألة الثانية في المدَوَّنة خلافها أنه لا يقبل قوله بعد ما قاسمه صاحبه ودفع إليه، وهو الأظهر؛ لأن دفع ماله إليه كإقرار أنه لا حق له، والقول الثاني وجهه أن الغلط والنسيان لا يعصم منه أحد فوجب أن يصدق بعد كما يصدق قبل، وهذا يشبه الخلاف فيمن باع مساومة ثم ادعى الغلط، وفي نوازل سَحنون: إن قال العامل في مائتين أتى بهما إحداهما رأس المال والأخرى ربح وقال رب المال: رأس المال المائتان؛ فالقول قول العامل بيمينه إلا أن يقيم ربه بينة.

ابن رُشْد: ل أَصْبَغ مثله عن ابن القاسم وأشهب، وهو ظاهر قولها: إن قال رب المال: رأس ماله ألفان، وقال العامل: ألف؛ القول قول العامل إذ لم يفرق فيها بين أن

يكون في المال ربح أم لا لو افترق ذلك لبينه، وفي نوازله: إن أتى عاملان بمائتين قال أحدهما: إحداهما ربح؛ وكذبه ربه والآخر حلف ربه معه إن كان عدلًا وإلا أخذ مائة وخمسة وسبعين، ويبقى لمدعي الربح خمسة وعشرين بعد يمينه؛ لأنه حظه بمقتضى دعواه.

التونسي: ل أَصْبَغ عن أشهب: إن أتى عاملان بمائتين فقال أحدهما: إحداهما ربح، وقال الآخر وربه: بل نصفها لمدعي الأكثر في الربح دعواه، وللآخر ما قال أَصْبَغ: يصير لذي الأكثر خمسة وعشرون وللآخر نصفها.

محمد: هذا غلط، وأخبرني أَصْبَغ بخلافه، والصواب أن للآخر ثمانية وثلثا؛ لأن مدعي الأكثر يقول: ليس لرب المال إلا مائة وربحه خمسون، وما بقي له نصفه خمسة وعشرون يصدق بيمينه لحوزه نصف المال لو ادعاه لنفسه جاز له ذلك، ثم يقال للثاني: الباقي بينك وبين رب المال أثلاثًا؛ لأن المال كان بينكم أرباعًا لربه سهمان، ولكل منكما سهم، فما ذهب من الربح بقيته بينك وبين رب المال له ثلثاه ولك ثلثه.

قُلتُ: قال محمد: ولا تقبل شهادة أحد العاملين على صاحبه.

التونسي: يريد على هذا القول الذي قسم الباقي أثلاثًا؛ لأنتفاعه بشهادته إن جازت فيأخذ اثني عشر ونصفًا، وإذا بطلت شهادته أخذ ثمانية وثلثًا، وعلى قول أشهب أنه يأخذ اثني عشر ونصفا فشهادته جائزة، إذ لا نفع له.

وفي العتبيَّة خلاف الجواب الأول جعل كل الضرر بالعامل الثاني، قال: إن جاء عاملان بثلاثمائة، قال أحدهما: رأس مالنا مائة، وقال الآخر: مائتان؛ وصدقه رب المال أخذ من كل منهما خمسين وبقي بيد كل منهما مائة فيأخذ المائة التي بيد الذي أقر أن رأس المال مائتان ومن الآخر خمسين؛ لأنه يقول للمقر: رأس المال مائتان لا يكون ربح حتى أستوفي رأس المال، ويقول له العامل الآخر: بيدي مائة ربح لي نصفها ولك نصفها؛ فجعل الخسارة كلها على المقر، وفي قول أشهب: الخسارة كلها على رب المال، ومحمد جعل ما أخذه مدعي الأكثر كجائحة على الباقين بقدر جزء كل منهما، وهو الأشبه.

قُلتُ: ما نقله عن العتبيَّة هو في نوازل سَحنون، وفيه زيادة: وليس للمقر أن رأس المال مائتان فيما في يد ربه من الخمسين التي صارت فضلًا حجة أن يقول: بلغتك رأس المال وبيدك فضل فلا تختص به عني؛ لأنه يقال له: أنت مقر أن لرب المال نصف الربح وأنت لا تدخل عليه فيه إنما دخولك على صاحبك وهو جحدك، كالزوج يقر بأخ مع إخوة ورثوا معه معروفين فإنه لا يدخل عليه في شيء.

سَحنون: وقيل في العامل إنه يرجع عليه في النصف الذي بيده فيقاسمه على ثلاثة أسهم للعامل سهم وسهمان لرب المال، وإن كان المقر عدلًا لم يحلف معه رب المال؛ لأنه جار لنفسه؛ لأني لو أجزت شهادته لأخذ رب المال المائة منهما وبقي بيد كل واحد خمسون.

ابن رُشْد: قوله: لا تجوز شهادته؛ صحيح، ووجه القول الثاني: يقسمه أثلاثًا أنه كمال ادعى مدع جميعه وآخر نصفه على مشهور مذهب مالك في هذا التداعي، ويتخرج على هذا التوجيه في المسألة قول ثالث وهو قسمه أرباعًا؛ لأن العامل سلم لرب المال نصف الخمسين، ونازعه في النصف الآخر فيقسم بينهما نصفين، وهو مشهور قول ابن القاسم في هذا النوع وقول سَحنون، وقيل: هو قول محمد، وعن أشهب: خلافه أن لكل من العاملين ما يدعيه من الربح يأخذ المقر خمسة وعشرين؛ لأنه هو الذي يجب له من الربح المائة ويأخذ الآخر خمسين بعد يمينه أن رأس المال مائة؛ لأنه هو الذي يجب له من ربح المائتين وهو قول رابع في المسألة له حظ من النظر؛ لأن المقر أن رأس المال مائتان أحق بحظه من المائة الربح إذ لم يقر به لأحد، والخمسون التي تجب منها لرب المال استحق العامل الثاني عليه نصفها بيمينه أن رأس المال مائة.

التونسي: إن أتيا بمائتين قال أحدهما: إحداهما ربح، وقال الآخر: بل هي لي، فقال أشهب: القول قوله؛ لأن يده عليها، وقال ابن القاسم: للقائل أن له المائة ربح أربعة وسدس ولرب المال مائة وثمانية وثلث.

التونسي: أراد أشهب أن أيديهما لما كانت على المال صار كأن مدعي المائة لنفسه يده عليها كقوله في مال بيد رجلين ادعى أحدهما نصفه والآخر ثلثه.

قال أشهب: القول قول مدعي النصف؛ لأن يده عليه.

قُلتُ: في كتاب محمد متصلًا بقول ابن القاسم؛ لأنهما مقران بالمائة لرب المال فيأخذها تبقى مائة يدعيها أحدهما، والآخر يقول: ليس له فيها إلا ربعها ونصفها لرب المال فدعواه لرب المال ساقطة، فسلم لمدعيها ثلاثة أرباعها وربعها الباقي تداعياه فيقسم بينهما يصير له منها اثنا عشر ونصف يقول له رب المال: ما حصل من ربح حظي فيه مثل حظك فيقسم بينهما أثلاثًا للعامل ثلثها ولرب المال ثلثاها.

ووجه التونسي قول ابن القاسم بهذا بلفظ فيه بعض إجمال وأتى به كأنه من عند نفسه، وقال آخره: وبقي في المسألة ما فيه إيهام استوعبت جوابه في شرح ما أشكل من كتاب محمد.

وفي النوادر عن الموازيَّة: إن كانوا ثلاثة معهم ثلاثمائة قال أحدهم رأس المال خمسون، وقال الآخر: مائة، وقال الثالث: مائتان؛ فلمدعي كثرة الربح ثلث نصفه اثنان وأربعون إلا ثلثا، وللثاني خمس الباقي على ما يدعي أنه الربح؛ لأنه زال سهم للأول من ستة فيأخذ اثنين وثلاثين إلا ثلثا لقوله: الربح مائتان لرب المال مائة ولكل واحد منا ثلاثة وثلاثون وثلث أخذ الأول زائدًا على حقه ثمانية وثلثا هي عليهما أخماس ثلاثة أخماسها على رب المال، وعلى كل منا خمس الباقي له من ثلاثة وثلاثين وثلث أحد وثلاثون وثلثان، ثم ما بقي من الربح ثلاثة أرباعه لرب المال وربعه للثالث؛ لأنه يقول الربح مائة على ستة أسهم ذهب اثنان بسهمين ظلمًا والباقي له ربعه، ولرب المال ثلاثة أرباعه والباقي سبعة وعشرون إلا ثلث ربعها سبعة إلا ثلثا يحصل لرب المال مائتان وعشرون، وللأول أحد وأربعون وثلثان، وللثاني أحد وثلاثون وثلثان، وللثالث سبعة إلا ثلثا، فذلك ثمانون دينارًا.

وفي كتاب ابن سَحنون: إن أتى العاملان بثلاثة آلاف قالا: رأس المال ألف؛ قال أحدهما: ورب المال والألفان ربح، وقال الآخر: الربح ألف وخمسمائة لفلان شريك بها في المال، فإن كان حاضرًا والمقر عدل حلف معه واستحقها، وقاله المغيرة وابن دينار: وإن لم يكن عدلًا فبيد كل منهما ألف وخمسمائة، منها خمسة رأس المال وألف ربح

يقسمه المنكر بينه وبين رب المال نصفين والمقر بيده من الخمسمائة التي أقر بها مائتان وخمسون فيأخذها المقر له والباقي بينه وبين رب المال.

وفيها: إن قال العامل هو قراض، وقال ربه: أبضعتكه لتعمل لي به؛ صدق بيمينه وعليه للعامل أجر مثله إلا أن يزيد على نصف الربح فيسقط الزائد، فإن نكل صدق العامل بيمينه إن كان يستعمل مثله في القراض، كذا وجدته في المَدَوَّنة وفي التهذيب، ونقل الصقلي: قال سَحنون: إلا أن يزيد على نصف الربح.

التونسي: الأشبه إن كانت البضاعة بأجر قبل قول العامل بيمينه إن كان الأجر أقل من الجزء الذي ادعاه العامل كاختلافهما في جزء الربح، وإن كان أجر مثله مثل ما ادعى العامل من الجزء أو أكثر فلا أيمان.

قُلتُ: ما قال التونسي أنه الأشبه ساقه اللخمي كأنه المذهب، ولم يذكر ما في المَدَوَّنة بحال، ومثل هذا لا ينبغي لمؤتمن على نقل المذهب فعله، وما ذكراه يرد بأن دعوى العامل إنما قبلت على رب المال في جزء الربح؛ لأن رب المال مقر بأن المال بيد العامل على وجه القراض الملزوم لحوز العامل الربح، فترجح قوله لحوزه وأجر البضاعة ليس في حوز العامل إنما هو في ذمة رب المال، وهو غير مقر له بالقراض والأصل عدمه، فإن قيل: إقراره له بالبضاعة يصيره كالصانع، فيجب على أصل المذهب إن كان المال بيد العامل أن يقبل قوله في قدر الأجر.

قُلتُ: إنما كان القول قول الصانع لضمانه فصار المصنوع بيده كرهن، ولذا لا يقبل قوله إن أسلمه، والمبضع معه غير ضامن فهو كأجير.

التونسي: وإن كانت البضاعة لا أجر لها أشبه قوله عملته باطلًا، وقال العامل: بأجر؛ فالقول قول العامل، وعلى قول غير ابن القاسم: يتحالفان ويكون له أجر المثل ما لم يكن أكثر مما أقر به العامل، يحلف رب المال لإسقاط كل الأجر والعامل لإيجابه ما ادعى فيرجع بعد حلفهما بقيمة عمله إلا أن يكون أكثر مما ادعاه العامل.

قُلتُ: يريد والعامل ممن يستعمل مثله في القراض، وكذا صرح اللخمي بمفهوم هذا الوصف فقال: إن كان مثل المبضع معه لا يستعمل نفسه في القراض أو كان مثل

البضاعة لا تدفع قراضًا ليسارتها، ثم قال: واختلف إن أشبه أن يستعمل في القراض والإجارة أقل من نصف الربح فقال ابن القاسم: القول قول رب المال بيمينه، وقال محمد: يحلفان وللعامل أجر مثله.

قُلتُ: هذا منه تناقض في النقل واضح؛ لأنه حكى أولًا ما نصه: إن قال ربه: بضاعة بأجر كذا والأجرة أقل من نصف الربح حلف العامل وأخذ النصف إن أشبه أن يقارض به، فإذا كان القول قول العامل ورب المال مقر بأجر فأحرى إن لم يقر بأجر.

ونقل ابن رُشْد لفظ المدَوَّنة كما ذكرته أولًا لا كلفظ التهذيب قال: ومعنى ذلك بعد حلف العامل؛ لأن كل واحد منهما مدع رب المال يدعي أن العامل عمله باطلًا والعامل يدعي أنه عمل على نصف الربح، فإن حلفا أو نكلا كان له الأقل من أجر مثله أو نصف الربح، وإن نكل أحدهما فالقول قول الحالف، على هذا ينبغي حمل الرواية لا على ما في لفظها مما يدل على أنه إن نكل رب المال كان القول قول العامل على حكم المدعي والمدعى عليه، وعليه حمل التونسي وغيره المسألة، وتعقب قوله: إن كان ممن يستعمل في القراض، وقال: ينبغي إن نكل رب المال أن يكون القول قول العامل، وإن كان لا يستعمل في القراض؛ لأن رب المال مكنه، والمسألة عندي لا اعتراض فيها؛ لأن قوله إن كان ممن يستعمل في القراض ليس من تمام قوله: إن كان عن اليمين كان القول قول العامل، بل المعنى تم بقوله: كان القول قول العامل، وقوله: إن كان العامل يستعمل مثله في القراض إنما هو راجع لحلف العامل ليستحق الأقل من الأجر أو جزء الربح؛ لأنه بكونه يستعمل في القراض يكون كل واحد ادعى على صاحبه ما يشبه فوجبت له عليه اليمين على ما قدمناه إن حلفا أو نكلا كان للعامل الأقل إن نكل العامل فقط فلا شيء له، وإن نكل رب المال فقط فللعامل نصف الربح، وإن كان العامل لا يستعمل مثله في القراض فلا يمكن من اليمين لإتيانه بما لا يشبه والقول قول رب المال إن حلف استحق ما ادعاه ولا أجر عليه للعامل، وإن نكل كان القول قول العامل، وإن كان مثله لا يستعمل في القراض؛ لأن رب المال مكنه من دعواه ولو كان

المدفوع إليه المال يعلم أنه يعمل للناس بالقراض لكان القول قوله على قول ابن القاسم أنه أخذه على ما يدعيه من القراض إن أشبه ما ادعاه من الجزء قراض مثله قياسا على ما في كتاب الجعل والإجارة إذا قال رب الثوب للصانع: عملته باطلًا، وقال الصانع: بل بأجر كذا، وعلى قوله فيها يكون القول قول العامل إن كان الجزء الذي ادعاه قراض مثله فأقل، وإن كان أكثر حلفا معًا وكان له قراض مثله، فقف على افتراق هذه الوجوه الثلاثة وهي كون المدفوع إليه المال لا يشبه استعمال مثله في القراض وكونه يشبه ذلك وكونه يعلم أنه يعمل للناس بالقراض، وكذا الثلاثة في الصانع وهي كونه لا يشبه أن يعمل بأجر وكونه يشبه ذلك وكونه من الصناع الذين يعملون للناس بأجر، لا فرق بين المسألتين في الوجه الأول، القول قول رب الثوب أنه عمله باطلًا، وفي الثاني يحلفان معًا وله أجر مثله، وفي الثالث قول ابن القاسم والغير.

قُلتُ: قول الغير نحو ما عزاه اللخمي لمحمد.

اللخمي: عن ابن حبيب: إن قال رب المال: قراض؛ وقال العامل: بضاعة بأجر؛ فالقول قوله بيمينه؛ لأنه يقول: عملت على الإجارة والآخر على الجعالة.

وفيها: إن قال ربه: وديعة؛ والعامل: قراض؛ صدق ربه، والعامل مدع لطرح الضمان عن نفسه.

محمد: هذا إن تلف المال.

ابن شاس: وتلف بعد تجره فيه.

اللخمي: كمن قال: أودعتك هذه السلعة، وقال الآخر: أذنت لي في بيعها، وقول ابن عبد السلام: أشار بعض الشُيُوخ إلى وجود نص خلاف في ضمانه إن ضاع قبل التحريك، وهو بعيد في الفقه لا أعرفه وغير متصور لا بعيد؛ لأنحصار الدعوتين في أمرين كل منهما ينفي ضمانه، وعادة العلماء والمحدثين في نقل الغرائب والشواذ تعيين قائلها، قال: ولا يبعد تخريج الخلاف في تلفه بعد العمل به، فقد اختلف إذا كان العامل غائبًا وتنازعا على هذا الوجه فروى ابن القاسم، وقال: القول قول الدافع، وقال أشهب: وروى ابن عبد الحَكم: أن القول قول قابض المال، إذ لا يؤخذ أحد بأكثر

مما أقر به.

قُلتُ: قوله: اختلف إن كان المال غائبًا وتنازعا على هذا الوجه إلخ؛ يقتضي أن هذا الخلاف في قول ربه وديعة، وقال القابض: قراض، وليس الأمر كذلك، إنما ذكر ابن رُشْد هذا الخلاف في قول ربه: قرض، وقال الآخر: وديعة، ولا يلزم من قبول قول العامل أنه وديعة قبول قوله أنه قراض، محمد: عن ابن القاسم: إن كان المال في سلعة وبيعت بفضل قيل للعامل: اتق الله إن علمت أنه قراض فادفع إليه ربحه، ولا يحكم عليه بذلك ولا على رب المال بأخذه، ابن القاسم: وإن قال المال وديعة والمال في سلعة؛ وقال ربه: قراض؛ صدق العامل؛ لأن ربه مدع في الربح، ويقال له: اتق الله إن جاء في السلعة نقص لا تضمنه إن علمت أنه قراض إن أبى فالحق حقه؛ لأنه حكم نفذ بإقرار العامل إن رجع لقول رب المال بعد البيع لم يقبل قوله.

ابن رُشْد: إن قال ربه: قرض، وقال القابض: وديعة؛ فإن كان المال حاضرًا أخذ رب المال ماله، وإن كان غائبًا فذكر ما تقدم لابن القاسم وأشهب وابن عبد الحكم، قال: وإن تلف قبل أن يحركه أو بعد أن حركه وصرفه في موضعه ببينة على القول أن المودع إن تجر في الوديعة لا يصدق في صرفها لموضعها إلا ببينة على ذلك أو بغير بينة على القول أنه يصدق في ذلك ففي كون القول قول رب المال أو القابض ثالثها: إن تلف بعد حركته لابن القاسم مع روايته وربيعة مع من تبعه وأشهب، وأما على أن المودع إن حرك الوديعة لا يبرأ من ضمانها إلا بردها لربها فهو ضامن لها دون يمين على الدافع، ومن تأمل قول ابن رُشْد هذا وتصور ما تقدم من قول ابن عبد السلام فيما إذا قال رب المال: وديعة، وقال القابض: قراض؛ أشار بعض الشُيُوخ إلى وجود نص خلاف في ضمانه إذا ضاع قبل التحريك، وقوله: اختلف إذا كان المال غائبًا إلخ؛ علم أنه وهم نشأ عن اعتقاده أن ما ذكر ابن رُشْد في قول رب المال أنه قرض، وقال القابض: إنه وديعة؛ أنه ذكره في قول رب المال أنه وديعة وقول القابض أنه قراض فتأمله.

ابن رُشْد: وإن قال ربه: قرض؛ وقال القابض: قراض؛ فإن كان تلف كله أو

بعضه قبل أن يحركه ففي كون القول قول رب المال أو القابض ثالثها: إن كان بعد أن حركه لابن القاسم مع روايته ورواية ابن عبد الحَكم مع ربيعة وأشهب، فوافق ابن القاسم على قبول قول ربه إن تلف بعد أن حركه؛ لأن القابض يدعي فيما حركه نفي الضمان، وقياس أصله أن يكون القول قوله وإن كان قد حركه؛ لأنه لم يحرك إلا ما أذن له رب المال في تحريكه، فإن كان في المال ربح فقيل: يوقف من رجع منهما لقول صاحبه أخذه، وإن رجع الثاني إلى قول الأول بعد أن كان بعد أن رجع الأول إلى قول الثاني لم يوجب رجوعه على الذي رجع أولًا يمينًا، وقيل: يأخذه رب المال، وهو الآتي على قول ابن القاسم في كتاب الرهون، وعلى ما لأشهب في كتاب إرخاء الستور، وإن كان مقيمًا على إنكاره، وقيل: ليس له أخذه وإن رجع لقول من أقر له به.

قُلتُ: للصقلي: إن طال بعد وقفه يصدق به، وقول ابن الحاجب: إن قال العامل: قراضي أو وديعة؛ وقال ربه: قرض؛ فالقول قول رب المال خلافًا لأشهب يقتضي أن قول أشهب مطلق، والذي تقدم لابن رُشْد الفرق بين كون ضياعه قبل تحريكه أو بعد، وكذا ذكره الصقلي عنه، وذكر في رواية ابن عبد الحَكم عن ربيعة ومالك من كتاب محمد قال: وأراها رواية ابن وَهْب، وذكر مثله ابن حبيب

قال: ورجع مالك لمثل قول ابن القاسم، وقاله أَصْبَغ، وأخذ الأخوان وابن وَهْب وأشهب بقول مالك الأول، وبه أقول، وسمع عيسى ابن القاسم: من ادعى مائة دينار وديعة بيد رجل، فقال: إنما دفعتها إلي قراضًا وربحت فيها مائة لك منها خمسون فيأبى أخذها استؤني بها لعله أن يأخذها، فإن أبى تصدق بها، فإن مات فطلبها وارثه أخذها إن شاء المقر ذلك.

ابن رُشْد: في أخذه الخمسين ولو بقي على إنكاره أو شرط رجوعه لقول العامل، ثالثها: به وبرضى العامل لأحد قولي سَحنون في نوازله في الاستحقاق، ولقوله مرة مع الآتي على ما لابن القاسم في كتاب الرهن منها ولأشهب في إرخاء الستور منها، وظاهر هذا السماع فيه وفي وارث مع نص رسم لم يدرك من سماع عيسى من كتاب النكاح، وإنما يكون له على القول بأخذها إن أكذب نفسه ورجع لتصديق صاحبه ما لم يسبقه

صاحبه بالرجوع لقوله، فتحصيل هذا القول أن من سبق بالرجوع لقول صاحبه استحق الخمسين دون يمين.

قُلتُ: مقتضى قول ابن رُشْد أن وارث رب المال بمنزلته فيما يجب في الخمسين.

وقال الصقلي: إنما لم يقض على العامل بدفعها له؛ لأن الميت مات على أن لا حق له فيها فلا تورث عنه ولا يقضى منها دينه وصار كواهب شيء في صحته أخرجه من يده.

قُلتُ: هذا نص في التفرقة بين الوارث وموروثه خلاف قول ابن رُشْد، والصواب قول ابن رُشْد لما ذكر عن سماع عيسى، وهو قوله فيمن تزوجت ولها ولد، ثم ولدت من هذا الزوج ولدًا فمات ولدها الأول فطلب زوجها إرث ولده منه فقالت: لم يكن ولدي إنما هو ولد كان لسيدها ترضعه، فأقام زوجها بينة أنه ولدها فثبت إرث ولد زوجها منه، ثم رجعت فقالت: هو ولدي؛ فإنه لا يقبل قولها ولا إرث لها منه بعد إنكارها، ابن الحاجب: في قول العامل: قراض أو وديعة، وقال ربه: قراض فالقول قول رب المال خلافا لأشهب؛ فلو قال: بل عصبتنيه؛ لم يصدق، وقيل: إلا أن يشبه.

قُلتُ: لا أعرف نص هذا الفرع في هذا الباب، ويقرب منه قولها في الجعل والإجارة إن قال الصانع: استعملتني هذا المتاع، وقال ربه: سرقته مني؛ فالقول قول الصانع، فإن كان ممن لا يشار إليه بذلك عوقب رب الثوب وإلا لم يعاقب وقولها في كتاب الوديعة من ادعي عليه سرقة مال أو غصبه فقال وديعة صدق ولا يضمنه.

قال: ابن عبد السلام: القول الثاني بعيدٌ لاعتماده على مجرد الأشبه، ولا يحتج له بقول مالك في التي تأتي متعلقة تدمى وتدعي على رجل أنه اغتصبها، فإن تعلقها به في تلك الحال أمر زائد على مجرد دعواها.

قُلتُ: ظاهر لفظه هذا تسليم وجود هذا القول إلا أنه بعيدٌ، ورده الاحتجاج له بقوله: تعلقها به أمر زائد على مجرد دعواها فيه نظر؛ لأن وصفه الشبه أيضًا في قول رب المال إنما يكون بأمر زائد على مجرد دعواه، وقد يؤخذ هذا القول مما وقع في ثاني مسألة من سماع يحيى ابن القاسم من كتاب الغصب وهو قوله: من عرف بالغصب لأموال

الناس لا ينتفع بحيازة مال غيره في وجه، فلا يصدق من أجلها على ما يدعيه من شراء أو عطية وإن طال بيده أعوامًا إذا أقر بأصل الملك لمدعيه أو قامت له به بينة.

قال ابن رُشْد: وهذا صحيح لا خلاف فيه؛ لأن الحيازة لا توجب الملك، إنما هي دليل عليه توجب تصديق غير الغاصب فيما ادعاه من تصيره إليه؛ لأن الظاهر أنه لا يجوز أخذ مال أحد وهو حاضر لا يطلبه، ولا يدعيه إلا وقد صار إلى حائزه إذا حازه العشرة أعوام ونحوها.

قُلتُ: ووجه أخذه أن يد العامل دليل صدقه كالحيازة، فإذا وجب إبقاء دلالتها لكون الحائز معروفا بالغصب فكذا يد العامل إن كان معروفا بذلك، ولكن ابن الحاجب أجمل موجب الشبه، وذكر القول نصًّا ولا أعرفه إلا قول اللخمي أثر مسألة الوديعة ما نصه: إلا أن يكون مثله لا يودع ويشبه الغصب فيقبل قول المدعي ويغرمه المال.

[كتاب المساقاة]

المساقاة: عقدٌ على عمل مؤنة النبات بقدرٍ لا من غير غلته لا بلفظ بيعٍ أو إجارةٍ أو جعلٍ فيدخل قوله لا بأس بالمساقاة على أن كل الثمرة للعامل ومساقاة البعل(1).

(1) قال الرَّصاع: ذكر الجوهري أن المساقاة استعمال رجل رجلًا في نخل أو كرم يقوم بإصلاحهما ليكون له سهم معلوم من غلتهما، وهذا قريب من الحقيقة الشرعية إلا أنه فيه قصور عنها فإنها أعم فيكون في الشرع تعميم لما خصصه في اللغة ووقع في لفظ عياض: أنها مشتقة من السقي للثمرة؛ لأنه معظم عملها وهذا مغاير للأول وقال الشَّيخ – رحمه الله-: ونفع به في حقيقتها (عقد على عمل مؤنة النبات بقدر لا من غير غلته لا بلفظ بيع أو إجارة أو جعل) فقول الشَّيخ:: (عقد) صير جنسها العقد ولم يعين ذلك في القراض ولعله رأى أنها عقد لازم بالقول على قول أكثر أهل المذهب بخلاف القراض؛ لأنه منحل قيل وفي المسألة نزاع لكثير من المشائخ وهذا يتمشى على أن العقد يقتضي اللزوم وليس كذلك بل هو أعم.

قوله: (على عمل مؤنة) أخرج به عقد حفظ مال أو التجر به قوله: (مؤنة النبات) أخرج به مؤنة المال، وعمم النبات فظاهره أي نبات كان سقيا أو بعلا.

قوله: (بقدر) معناه بعوض كما قيل في الحد الثاني في القراض.

قوله: (لا من غير غلته) عطف على مقدر أي بعوض من غلته فيدخل في ذلك الجزء المسمى من الغلة ثلث أو ربع أو غيره ويدخل في ذلك على أن الغلة للعامل؛ لأنه نص على ذلك في المدَوَّنة وجعله من المساقاة.

(فإن قلت): لأي شيء غير الشَّيخ:: العبارة في عوض المساقاة مع عوض القراض، فقال في القراض بجزء وقال هنا بقدر.

(قُلتُ): أما الحد الأول في القراض فقد قدمنا أن الشَّيخ أخرج عنه مثل هذه الصورة التي أدخلها في المساقاة فناسب التعبير في ذلك بما يدل على النسبة من ربح المال، ولما جوز إدخال الصورة المخرجة في القراض عبر بما يعم الجزء وغيره وهو العوض، وكذا هنا عبر بالقدر وهو العوض فتأمله فإني كنت أوجهه بهذا.

(فإن قلت): لأي شيء ذكر: الرسمين في القراض وهنا أتى بما يناسب الحد الثاني فقط وجزم بإدخال الصورة المماثلة لمسألة القراض وبأنها من المساقاة وتردد هناك في القراض والجاري على ما تقدم في القراض أن يحد هنا بحده الأول فيقول تمكين كما قال في القراض.

(قُلتُ): لأن صورة المساقاة قد صرح في المدَوَّنة أنها من المساقاة وسماها بها والأولى لم يصرح بالتسمية

ابن عبد السلام: لم يعرفها ابن الحاجب؛ لأن رسمه القراض بأنه إجارة على التجر

=

ولكنه جوزها فاختلف فيها فلذلك وقع للشيخ: ما رأيته فيها، وهذا من حسن فطرته وتمام قوة بلاغة فهمه عفا الله عنه وغفر له ونفع بعلمه وعمله.

قوله: (لا بلفظ بيع أو إجارة) أخرج به ما إذا عبر عن ذلك القدر بأحد ما ذكر وتقدم في القراض بسطه.

(فإن قلت): قد تقدم في القراض لا بلفظ إجارة فقط وهنا قد رأيت ما رأيت.

(قُلتُ): يمكن في الجواب بما فيه تكلف لا يخفى وأن يكون هنا عبر بالبيع الذي يعم الإجارة وهو البيع الأعم وأنه خير في ذلك المشتري إما أن يذكر بلفظ البيع أو بلفظ الإجارة واقتصر في القراض على لفظ الإجارة؛ لأنها كالبيع وفيه بعد، ثم إن الشَّيخ ﷺ رد على شيخه في كونه استعذر عن ابن الحاجب بأنه لم يجد المساقاة وذكر ما ذكر، ثم اعترض عليه بأن ابن عبد السلام قال: لم يعرفها ابن الحاجب؛ لأن رسمه للقراض بأنه إجارة على التجر في المال بجزء من ربحه يدل على رسم المساقاة فإنها إجارة على عمل الحائط بجزء من غلته وهي كالمعلومة ضرورة عند الفقهاء.

(قُلتُ): ولم يتعقبه في قوله وهي كالمعلومة ضرورة عند الفقهاء بأن فيه شبه تدافع مع ما قبله؛ ولذا لو قال وهي معلومة إلخ؛ لكان أنسب، وفيه قال الشَّيخ ﷺ: لو كان حد القراض يدل على المساقاة لدل عليه بإحدى ثلاثة وهو باطل ضرورة انحصار الدلالة في المطابقة والتضمن والالتزام؛ لأن القراض ليس هو المساقاة، ولا المساقاة جزء منه والثالث كذلك؛ لأنه لا لزوم ذهنا ولا خارجا وإن أراد اللغوي كدلالة الفعل على الفاعل فهو باطل؛ لأنه غير معتبر في الشريعة هذا ما ذكره:.

ثم رد حده بأنه غير منعكس لخروج مسألة المدَوَّنة بالمساقاة على كل الثمرة للعامل، ثم إن الشَّيخ: أبطل رسم ابن رُشْد في قوله العمل في الحائط بجزء من ثمرته وأنه يبطل بما أبطل به رسم ابن عبد السلام.

قال: ويبطل عكسه بتصورها قبل العمل.

قال: لأن ابن رُشْد قال: العمل وهي موجودة قبل العمل لوجود عقدها.

قال: ويبطل طرده بالعمل كذلك بالعقد عليها بلفظ الإجارة؛ لأنه ليس بمساقاة إذ لا يحكم فيها بحكم المساقاة الفاسدة بل الإجارة الفاسدة، ومعنى ما أشار إليه: أنه إذا عقد على عمل المساقاة بلفظ الإجارة فهي فاسدة؛ لكنها ليست من فاسد المساقاة، وهذا جواب عن سؤال فكأنه يقول له: غاية هذا أنها فاسدة والرسم الصحيح والفاسد، فأجاب بأنها فاسدة من باب الإجارة لا أنها فاسدة من باب المساقاة ويدل على ذلك اختلاف لوازم البابين واختلاف اللوازم يؤذن باختلاف الملزومات بيان ذلك هنا؛ لأن الإجارة الفاسدة فيها إجارة المثل، والمساقاة الفاسدة فيها مساقاة المثل، وقد فرقوا بين المسألتين بأن إجارة المثل تكون للعامل مطلقًا وإن قل منها جزء العمل بخلاف مساقاة المثل فإنه لا يزاد على ذلك وهذا من محاسنه وفوائده - رحمه الله ونفع به ورضي عنه-.

في المال بجزء من ربحه؛ دال على رسم المساقاة بأنها إجارة على عمل الحائط بجزء من غلته وهي كالمعلومة ضرورة عند الفقهاء.

قُلتُ: جعله رسم القراض دالًا على رسم المساقاة يرد بأنه لو كان كذلك لدل عليه مطابقةً أو تضمنًا أو التزامًا ولا خفاء بنفي الأولين؛ لأن رسم المساقاة ليس نفس القراض ولا جزءًا منه، وكذلك الثالث ضرورة إلى رسم المساقاة بما قال: ليس من لوازم القراض لا ذهنًا ولا خارجًا إلا أن يريد الدلالة اللغوية لا العرفية كدلالة الفعل على الفاعل ففيه نظر؛ لأنه غير معتبر في التعريفات، ورسمها بما ذكر يبطل عكسه بقولها: لا بأس بالمساقاة على أن كل الثمرة للعامل، وقول ابن رُشْد هي عبارة عن العمل في الحائط بجزء من ثمرته، يبطل عكسه بصورها قبل العمل؛ لأنها تلزم بالعقد، وطرده بالعمل كذلك بالعقد عليها بلفظ الإجارة؛ لأنه حينئذ ليس بمساقاة؛ إذ لا يحكم فيه بحكم المساقاة الفاسدة بل الإجارة الفاسدة.

وفي لزومها بالعقد أو الشروع نقل الأكثر عن المذهب، مع أخذه الباجي من قولها: من ساقيته حائطك لم يجز أن يقيلك على شيء تعطيه إياه، كأن شرع في العمل أم لا؛ لأنه غرر إن أثمرت النخل فهو بيع للتمر قبل بدو صلاحه وإلا فهو أكل مال بالباطل.

وأخذ اللخمي من قول أشهب: إن خرج العامل من الحائط قبل العمل بربح سدس الثمرة فلا بأس به على القول بلزوم المساقاة بالعقد مع قول المتيطي مع الصقلي، قيل: لا يلزم إلا بالعمل كالقراض.

وقول اللخمي إثر نقله قول أشهب، وقال سَحنون: أولها لازم كالإجارة وآخرها إذا عجز كالجعل إن ترك قبل تمامه فلا شيء له يقتضي أنه ثالث عنده، وليس كذلك؛ لأن الحكم العجز كذلك على القول الأول.

قُلتُ: وعزو الأول لها من قولها؛ لأن المساقاة تلزم بالعقد أبين، ولما عزا الباجي الأول للجلاب والموازيَّة والواضحة والمدَوَّنة من مسألة الإقالة.

قال: ولبعض القرويين قال: لو مات قبل الحوز بطلت المساقاة وليس كالعقود

اللازمة، وإن لم تقبض ولعله تعلق بما روى في عين السقي تغور إن كان قبل العمل فلا شيء على رب الحائط، وإن كان بعده لزمه أن ينفق بقدر حظه، وهو خلاف قولها في أكرية الدور: من أخذ نخلًا مساقاة فغار ماؤها بعد أن سقى فله أن ينفق فيها بقدر حظ رب النخل من ثمرته لتلك السنة، وهذا إنما هو بالعمل لا بالحوز، فإن صح ففي لزومها بالعقد أو الشروع، ثالثها: تحوز المساقاة فيه، ورابعها: أولها لازم وآخرها كالجعل إن عجز وعزوها واضح.

[الصيغة]

الصيغة: ابن رُشْد: لا تنعقد إلا بلفظ المساقاة على قول ابن القاسم، ولا تنعقد بلفظ الإجارة كما لا تجوز الإجارة بلفظ المساقاة وذلك إن ساقاه في ثمرة طاب بعضها لم يجز.

وفي سماع سَحنون: لا بأس بمساقاة النخل بعد بدو صلاحها، وهو خلاف قول ابن القاسم وروايته فيها؛ لأن فيه منفعة لرب الحائط، وهي سقوط الجائحة؛ لأنها لا تثبت في المساقاة.

وللعامل التمادي على المساقاة أو تركها بخلاف الإجارة للعامل بها الرجوع إذا أجيحت الثمرة بأجر مثله فيما عمل، وأجازها سَحنون؛ لأنه رآها إجارة أخطأ في تسميتها مساقاة وهي على قول ابن القاسم إجارة فاسدة تفسخ ما لم تفت بالعمل، فإن فاتت به فله أجر مثله على حكم الإجارة الفاسدة.

قُلتُ: هذا نصه في البيان، وله في المقدمات: قال ابن القاسم في المَدَوَّنة: إن ساقاه في حائط وفيه ثمر أطعم فله مساقاة مثله، المذهب جوازها، القاضي: هي مستثناة من أصول ممنوعة للضرورة.

اللخمي: هي بيع الثمر قبل بدو صلاحه، وعزو عمل العامل على أنه إن أصيبت الثمرة كان عمله باطلًا مع انتفاع رب الأصول بعمله، وجهل قدر حظه، وربا الطعام بالطعام نسيئة إن كان في الحائط حيوان يطعمهم ويأخذ العوض طعامًا.

قُلتُ: والدين بالدين؛ لأن عمله في الذمة وعوضه متأخر.

[المعقود عليه]

المعقود عليه: فيها مع غيرها: كل ذي أصل من الشجر جائز ما لم يحل بيعه.

اللخمي: أو لم يبلغ الإطعام.

قال: واختلف قول مالك في إجازتها في المرسين وهو الريحان، فأجازه ابن وَهْب، واختلف فيه قول ابن القاسم، ومنعه أَصْبَغ.

قال: لأن المأخوذ منه ورقه فهو كما يجوز، ويخلف موجودًا أبدًا يجوز في وقت مساقاته بيعه وبيع خلفته.

زاد الباجي: لجوازها رجع ابن القاسم، واختار محمد منعه: لأنه كالموز يجز إلا أن تكون أشجاره ثابتة إنما يقطع منها أغصانها كل عام كالسدر.

وسمع أَصْبَغ رواية ابن القاسم: إن كان يجز الشتاء والصيف ليس لجزه إبان معلوم، فهذا يحل بيعه كل حين كالموز لا تحل مساقاته.

ابن رُشْد: تقدم في سماع سَحنون أنه كالبقل لا تجوز مساقاته، واختلف فيه، فحكى ما تقدم لابن وَهْب ولابن القاسم، ورجوعه لإجازته، وعليها ثبت.

قال: وقول محمد: ينبغي أن يحمل على التفسير للقولين فيقول تجوز مساقاته قبل أن يحل بيعه، وتمنع بعد حل بيعه كالبقل.

وفي غير ذي أصل كالزرع والقثاء والباذنجان والكمون والبصل طريقان.

ابن رُشْد: شرطها فيه بعجز ربها قولا مالك وابن نافع.

اللخمي: في الزرع وشبه القطاني ثالثها بشرط العجز، ورابعها: يكره لابن نافع وابن عبدوس والمدَوَّنة ورواية محمد، وفي قصب السكر، ثالثها: دون خلفته، ورابعها: بشرط العجز، للخمي عن ابن نافع، وعنها وعن محمد.

ابن رُشْد: يجوز فيه.

قيل: بعد أن يغيب قبل أن يحل بيعه، وقيل: بعد أن يثبت ويستقل قبل حل بيعه إن

عجز عنه، واختلف في شرط خلفته في المساقاة وهو جار على الخلاف في جواز اشتراطها في البيع.

الباجي: علل ابن حبيب جوازها في المقاثي بتقارب طيبها كالتين؛ يريد: لأن بطونها لا تنفصل وليست شيئًا بعد شيء كالقصب؛ يريد: لأنها تتميز بطونه كالموز، وفي جوازها في البقل طريقان.

ابن رُشْد: في جوازها فيه بعد نباته والعجز عنه قولا عبد الرحمن بن دينار وابن القاسم، وظاهر قول ابن دينار جواز شرط خلفته فيها، ومنعه ابن القاسم وهو على الخلاف في جواز شرطها في البيع، ومعنى سماع سَحنون جوازها في الفجل والإسفنارية أنه قبل حل البيع.

ابن زرقون: ما كان منه ظاهرًا كالقصب والكزبر والكرنب لم تجز مساقاته، وأجازها ابن دينار إن نبت وعجز عنه ربه، وما غاب منه كالجزر واللفت والبصل في جوازها فيه ثالثها: إن ظهر وعجز ربه ولم يحل بيعه لمحمد وابن نافع وابن القاسم، وسمع سَحنون إجازتها، ابن القاسم في العصفر.

الباجي: يجب كونه كالزرع إذ ليس بشجرة باقية، والمقصود نواره.

وفيها: لا بأس بمساقاة الورد والياسمين والقطن.

ابن رُشْد: كان أبو عمر بن القطان يحمل المدَوَّنة على الجواز في الورد والياسمين والقطن، وإن لم يعجز عنه ربه بخلاف المقاثي والزرع، وهو بعيد إذ لا فرق بين القطن والزرع والمقاثي، ولا يختلف في الورد والياسمين أنه لا يعتبر فيهما العجز.

الصقلي والباجي: إن زرع كل سنة، فالعجز وإلا فلا.

الباجي: لا يجوز في الورد والأجبان.

وفيها: لا بأس بمساقاة الورد والياسمين منعها في القصب والقرط والموز، أبو عمر: أجازه ابن القاسم في مجالس أبي زيد، وليس بشيء، وشرط الشجر كونه مطعمًا، وفي شرط ظهور غيره من الأرض قولان للمشهور، ونقل اللخمي عن ظاهر قول ابن نافع، واختاره إن عجز ربه.

قال: وهو أعذر؛ لأنه ينتفع بما برز، برعي أو غيره، ولا ينتفع بما لم يبرز.

الباجي: معنى العجز عجزه عن عمله الذي به يتم أو يبقى، وإن كان له ماء، وما بدا صلاح بعضه المبيح بيعه. فيها مع غيرها: لا تجوز مساقاته.

اللخمي: روى محمد: من ساقى حائطًا بنصف ثمرة طابت من آخر فلا بأس به إن كان السقاء معروفًا كالإجارة، وأجازها أيضًا سَحنون، وفي الموطأ: لا تجوز مساقاة ما طاب بعضه وحل بيعه، إنما مساقاة ما حل بيعه من الثمار إجارة.

الباجي: يحتمل أن يريد أنه إنما يصلح فيه لفظ الإجارة لا لفظ المساقاة، ويحتمل أن يريد له حكم الإجارة وإن انعقد بلفظ المساقاة والأول أظهر.

الصقلي عن الشَّيخ: قول سَحنون مساقاة ما حل بيعه جائزة، لجواز بيع نصفه ينبغي عليه منعه في الزرع كمن قال: احصده وهذبه ولك نصفه.

قُلتُ: إنما منعه سَحنون بنصفه مصفى لا بنصفه زرعا، وهو نص آخر كتاب الجعل منها، ومساقاته بعد حل بيعه كالإجارة بنصفه، وذلك جائز.

اللخمي: وعلى الجواز تجب فيه الجائحة، وألا يكون بالحائط رقيق إلا بشرط طعامها على ربها، قال: وإن كان ما طاب باكورا بعيد اللحوق بما بقي، وكلاهما كثير، فإن كان المساقاة على عمل الجميع وحظ العامل مما طاب جاز كإعطاء الحائطين طاب أحدهما بجزء منه، وهي إجارة.

قُلتُ: هذا على غير قول ابن القاسم بمنعه الإجارة بلفظ المساقاة، قال: وإن كانت على عمل ما طاب فقط بجزء منه جاز على أحد القولين، وإن كانت على عمل ما لم يطب بجزء منه جاز اتفاقًا ولم يجز على عملها بجزء منهما؛ لأنه مساقاة وبيع، وجعل وبيع ويدخله مساقاة ما لم يطب بجزء من غيره؛ لأن أجر ما طاب أقل، وخدمة ما لم يطب أكثر.

قُلتُ: يريد: أنه يدخله مساقاة ما لم يطب بجزء منه وجزء من غيره ولو كان بجزء من غيره فقط جاز على ما ذكر من رواية محمد، قال: وإن كان ما طاب يسيرًا مختلطًا والمساقاة على عمل الجميع بجزء مما لم يطب جاز.

وروى محمد: من ساقى نخلًا بها رمان طاب وهو لصيق للنخل معها بشرب جاز، لا يصلح أن يشترط العامل منه شيئًا، ومحمل إجازة مالك مساقاة ما طاب إن لم يكن في الحائط حيوانٌ أو كان وشرط إطعامهم على رب الحائط وإلا فسد؛ لأنه طعام بطعام ليس يدًا بيد.

الباجي عن الموازيَّة: إن كان بالحائط أصناف مختلفة حل بيع بعضها وهو الأقل جازت مساقاة جميعها، وإن كثر لم يجز فيه ولا في غيره.

قُلتُ: هذا خلاف نقل اللخمي؛ لأن الباجي لم يشترط اختلاط ذلك اليسير ولا كون الحظ من غيره، ولما وجه الصقلي منع مساقاة ما بدا صلاحه باختصاص حكم المساقاة بسقوط الجائحة، واختصاص لفظ الإجارة باعتبارها تعقبه بأن حكم المساقاة حينئذ كشرط سقوط الجائحة، وشرط سقوطها لا يوجب فسادًا للغوه ووجوب ثبوته وأجاب بأن هذا أحد الأقوال والقول الآخر فساد البيع بذلك.

قُلتُ: هذا يوجب تناقض قولها؛ لأن الأول هو نصها، ويجاب عن تعقبه بأن اقتضاء العقد سقوط الجائحة أقوى من اقتضاء شرط سقوطها؛ لأن ما بالسنة أقوى مما بالافتراق وهو نص كتاب أمهات الأولاد منها.

الباجي عن بعض القرويين: إنما لم يجعل ابن القاسم مساقاة ما أزهى إجارة؛ لأن عرف المساقاة ألا يأخذ أحدهما شيئًا إلا إلى الجذاذ كأنه شرط فيها، وشرط هذا في الإجارة لا يجوز، بل حكمها أن لكل واحد منهما التصرف في حظه متى شاء، فإن اعترض بإجازته في كتاب الشفعة بيع أحد المساقيين سهمه مع أن المشتري لا يقدر على الجذ؛ لأن المساقاة وقعت على التبقية، فلما احتاج للبيع واستضر بمنعه سومح فيه، والأظهر عندي ما تقدم.

قُلتُ: ما ذكره عزاه عبد الحق لغير واحد من القرويين، وقاله التونسي، وفي اعتراضهم بمسألة الشفعة نظر؛ لأن البقاء للجذاذ الذي جعلوه موجبا للفساد إنما أثبته لفظ المساقاة، ومثله كتاب الشفعة بيع بعض الشركاء في المساقاة إنما وقع بلفظ البيع المقتضي تعجيل التمكن من التصرف، فلا موجب لفساده.

فإن قيل: يجب منع المشتري من تعجيل التصرف قبل الجذ، كالبائع منه.

قيل: لما كان للشريك الشفعة في الحظ المبيع صار بتركه إياها راضيًا بها جعله البائع للمشتري من تعجيل التصرف بعقده له بلفظ البيع.

وفيها: من طابت ثمرة نخله فساقاه هذه السنة وسنتين بعدها فسخ، وإن جذ العامل الثمرة فله أجره، وما أنفق فيها، فإن عمل بعد جذها لم يفسخ في العامين، وله فيهما مساقاة مثله، ولا يفسخ بعد العام الثاني؛ إذ قد تقل ثمرته فيه وتكثر في الثالث فيظلم.

الباجي: لأن المساقاة الفاسدة التي يرجع فيها لمساقاة المثل تفسخ ما لم يعمل، فإن عمل لم تفسخ، وما يرد لأجر المثل يفسخ ولو عمل، قاله ابن حبيب وجعل الفوت بابتداء العمل.

وفي الموازيَّة: إن أدرك قبل ثمرة قابل فسخ، وله أجر مثله، وإلا لم يفسخ، فجعل فوته ظهور ثمرة عام من أعوام المساقاة ولا يلزم هذا على قول سَحنون؛ لأنه عقد جميع إجارة ومساقاة.

وفيها: لا تجوز مساقاة ما لم يطعم خمس سنين، وهي تبلغه إلى حولين.

الصقلي عن ابن حبيب: إن نزل رد العامل لأجر مثله، وقال محمد: له في السنين الأولى أجر مثله حتى تأتي الثمرة ويعمل فيها فله فيها مساقاة مثله كأخذ عرض قراضا.

عبد الحق عن غير واحد من القرويين: إن استوقن لذلك قبل بلوغها الإطعام فسخ، وللعامل نفقته وأجر مثله، وإن لم يستيقن لذلك حتى بلغت الإطعام لم تفسخ المساقاة بقية المدة، وللعامل فيها مساقاة مثله.

عبد الحق: وهذا كقولها فيمن طابت ثمرته فدفعها مساقاة ثلاث سنين، فذكر المسألة.

قُلتُ: فيجب إذا اطلع على ذلك بعد أن بلغت الإطعام أن تفسخ إذا لم يكن عمل خلاف نصه إن بلغت الإطعام لم تفسخ.

وفيها: لا بأس بمساقاة حائط ببلد بعيد إذا وصف كالبيع ونفقة العامل في

خروجه على نفسه بخلاف القراض.

عبد الحق عن الشَّيخ يريد: وهو يصل إليه قبل طيبه.

قال بعض القرويين: إن تشاغل في طريقه فوصل بعد طيبه لم تفسد، وليس كالزرع يشترى قبل طيبه على القطع فيتأخر إلى طيبه؛ لأن القبض في المساقاة مؤخر إلى الطيب بخلاف بيع الزرع والتمر قبل بدو صلاحه على القطع فيتأخر إلى طيبه؛ لأن المساقاة القبض فيها والتناجز عند الطياب بخلاف بيع التمر والزرع قبل بدو الصلاح.

وفيها: من أعطى أرضه لمن يغرسها شجرا كذا، ويقوم بها لبلوغها، فتكون مساقاة لعدة سنين لم يجز.

الصقلي: إن نزل فسخت المغارسة ما لم تثمر الشجر ويعمل بعد ذلك فله أجر مثله فيما عمل، وفي سنين المساقاة مساقاة مثله.

اللخمي: إن كان يغرس ربها فللعامل أجر مثله وفسخ ما لم تبلغ الإطعام فتبقى له على مساقاة مثله بقية الأجل، وقيل: في مثل هذا أنه الأقل من المسمى أو مساقاة المثل، وإن كان يغرس العامل وفات بالعمل ففي فوت الغرس بجعله في الأرض قولان بناء على جعل حصوله بها كقبض رب الأرض إياه ولغوه لبقاء يد العامل عليه ينتفع بثمرته بعد الطيب، وعلى الأول له قيمة غرسه يوم غرسه مع قيمة عمله، وفسخ ما لم يبلغ الإطعام فيمضي بمساقاة مثله، وعلى الثاني فالغرس لغارسه، ويغرم كراء الأرض بقدر ما صلح فيها الغرس ونما، وله قيمته يوم الفسخ قائمًا وقيل مقلوعًا.

وفيها: مع غيرها منع سقاء البياض إلا أن يكون تبعًا للسواد ثلثا فأقل، وخرج الباجي من رواية نفي تبعية النخل البياض في كرائه ببلوغه الثلث، نفي تبعية البياض السواد ببلوغه الثلث قائلًا: اختلفت الرواية في كون الثلث يسيرًا أو كثيرًا، قال: وحكم ما تمنع مساقاته مع ما تجوز فيه حكم البياض مع النخل، روى محمد: لا بأس بمساقاة الحائط فيه من الموز قدر الثلث فأقل.

قُلتُ: ونحوه قول عبد الحق عن بعض القرويين: إن كان زرع الحائط تبعًا لنخله جازت مساقاته، وإن لم يعجز عنه ربه.

الشَّيخ عن محمد: وسواء كان البياض بين أضعاف السواد أو منفردًا عنه في ذاك الحائط وقبله الصقلي والباجي.

وفيها: لمالك كان بياض خيبر يسيرًا بين أضعاف السواد، والأظهر إن كان ناحية لا ينال نباته سقي السواد عدم اغتفاره.

وفيها: لمالك: أحب إلي أن يلغى البياض للعامل وهو أحله، واعترض بأنه ﷺ لم يلغه وفعله الراجح.

وأجاب عبد الحق بأنه جاء في حديث آخر أنه ﷺ تركه لهم.

الباجي: ظاهر أقوال أصحاب مالك أن المعتبر تبعيته لجميع ثمرة الحائط في لغوه وفي إدخاله في المساقاة، وقال ابن عبدوس: إنما ذلك في إدخاله فيها، والمعتبر في لغوه للعامل تبعيته لحظه فأقل، وتبعيته كون قيمة كرائه من مجموعها مع قيمة معتاد الثمرة مسقطًا منها مؤنتها ثلثا فأقل، حكاه الباجي غير معزو كأنه المذهب، وعزاه اللخمي في أول أكرية الدور لابن القاسم وغلطه، قال: لأن السقي والعلاج ثمن الثمرة فكيف يصح أن يحط أحدهما من الآخر، وإنما باع العامل عمله بالجزء الذي يأخذه بعد الطيب وإنما يطيب على ملك رب الحائط ولذا قيل: يزكى إن كان في جملته خمسة أوسق، وإن كان العامل عبدا أو نصرانيًّا، فإذا كانت قيمتها سالمة ثلاثمائة وقيمة البياض مائة وخمسون جازت المساقاة، ولا يصح حط العامل.

قُلتُ: تغليطه غلط؛ لأن كراء البياض لما كان في محض فائدة وجب ألا ينسب إلا لما هو فائدة والذي هو فائدة من الثمرة إنما هو الباقي بعد قيمة مؤنتها، وتوجيه الأبهري قول مالك، وهو أصله بحديث: «**من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها أخاه**»[1]، والعامل كالأجنبي يقتضي إلغاءه لا بقيد تبعية.

وفي الموطأ: لا يصلح شرط رب الأرض البياض لنفسه؛ لأن العامل يسقيه له،

---

(1) أخرجه البخاري: 5/ 18 في الحرث والمزارعة، باب ما كان أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضاً في الزراعة والثمرة، ومسلم: رقم (1536) في البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة.

فذلك زيادة.

الصقلي عن ابن حبيب: إن كان بعلا أو لا يشرب من ماء الحائط جاز.

الباجي: لو سكتا عن البياض ففي كونه لربه غير مساقى أو للعامل، قول الجلاب مع مقتضى رواية ابن نافع وابن حبيب مع محمد، ولو سكتا حتى زرعه العامل لنفسه فقال محمد وابن حبيب: ذلك له، وروى ابن نافع عنه كراؤه.

ابن الحاجب: إن شرط رب البياض أن يعمله لنفسه ففي الموطأ: لا يصلح لنيله سقي العامل، وقيل: يجوز.

قُلتُ: لا أعرف من نقل القول الثاني في هذه المسألة وقبله ابن عبد السلام، وجعله خلافًا في حال هل في ذلك زيادة أم لا، ووقعت المسألة في آخر سماع سَحنون، فلم يذكر ابن رُشْد فيها خلافًا، وجعل قول ابن حبيب المتقدم هو مقتضى قول مالك في الموطأ، والحق أن القول الثاني هو مقتضى ما نقلوه عن مالك فيما إذا سكتا عنه أنه لربه غير مساقى.

الباجي: لو كان تبعا فشرط العامل ثلاثة أرباعه، وسقاؤه على النصف، ففي منعه وكراهته ثالثها: يجوز لابن القاسم، وأول قولي أَصْبَغ وما رجع إليه.

وفي سماع سَحنون: روى ابن أشرس في العامل: يستثنى البياض لنفسه وهو تبع للنخل فتذهب ثمرتها بجائحة، وقد زرع البياض عليه كراء أرضه.

سَحنون: لأنه لم يعطه البياض إلا لعمل السواد.

ابن رُشْد: وروى في كتاب ابنه: وكذا لو عجز العامل عن الأصل فعليه كراء مثله، ورواه عليٌّ، ومعنى ما قاله سَحنون أن العامل لما أجيحت الثمرة أبى أن يتمادى عن العمل... إلخ ما يلزمه؛ فلذا كان لرب الحائط أن يتبعه بالكراء ويبين ذلك تشبيه مالك ذلك بعجزه عن العمل.

قُلتُ: لم يقيد الصقلي بما ذكره ابن رُشْد من إباية العامل التمام.

ولبعضهم: إن بقي من الثمرة ما لا يكون البياض تبعًا له غرم من كرائه قدر المجاح.

وفيها: بياض الزرع كبياض النخل بين أثناء النخل.

قُلتُ: يرد بنص محمد أن كونه في ناحية ككونه بين أثناء النخل، والأقرب أنه لأجل أن دخول بياض النخل في المساقاة بالنص ودخوله في الزرع بالقياس على الرخص مع استحباب مالك الإلغاء في الأصل المقيس عليه وقدر البياض ملغى على من ألغي له وداخلا في المساقاة على العامل وغير ذلك فاسد.

اللخمي: إن فسد لذلك فالزرع عند ابن حبيب لمخرج البذر مطلقًا، فإن كان العامل فالزرع له، وعليه كراء الأرض وزرعه لرب الحائط أو ليكون بينهما وإن أخرجه رب الحائط فالزرع له، وعليه للعامل أجر مثله بناء على أحد القولين في فاسد الشركة، وأرى أنه لمن زرع له على أن لا شركة له فيه، فإن كان من عند العامل زرعه لرب الحائط فهو له، وعليه للعامل مثل بذره، وأجر عمله؛ لأنه اشترى منه البذر شراءً فاسدًا وأمره بجعله في أرضه، كمن اشترى من رجل عصفرًا شراء فاسدًا على أن يصبغ له به ثوبًا ففعل فذلك فوت يوجب رجوعه عليه بمثل عصفره وأجر مثله، وإن كان من عند رب الحائط ليزرعه العامل لنفسه فالزرع له وعليه مثله لرب الأرض مع كرائها.

ولا خلاف فيمن اشترى بذرًا شراء فاسدًا أو اكترى أرضًا صفقة واحدة أن الزرع للمشتري وعليه مثل البذر وكراء الأرض، وإن شرط أنه بينهما فنصفه لرب الحائط؛ لأنه زرعه على ملكه، ويختلف في النصف الآخر هل يكون للعامل؛ لأنه اشتراه شراءً فاسدًا وأفاته بالزراعة أو لبائعه لتحجيره وعدم تمكينه كمن باع نصف هذا القمح على أن يزرعه بينهما، وإن شرط كونه لرب الحائط فهو له دون العامل، وإن كان البذر من عندهما بالسواء على أن الزرع بينهما كذلك فهو على ما شرطاه، وللعامل إجارة مثله في عمله وللآخر كراء نصف أرضه.

قُلتُ: كذا قال إجارة عمل المثل في عمله، والصواب في نصف إجارة عمله.

قال: وإن شرطا أنه لأحدهما فهو بينهما على ما قال ابن حبيب، وينبغي كون جميعه للعامل إن شرطه لنفسه وعليه مثل بذر صاحبه وكراء جميع الأرض، وإن شرطاه لرب الحائط فهو له، وللعامل مثل بذره وأجر مثله.

وفيها: إن كان في الزرع شجر مفترقة تبع له وجب دخولها في مساقاته على شرطها لا تجوز على أن ثمرتها لأحدهما دون الآخر، وإن قلت بخلاف البياض، وعزاه الباجي والصقلي أيضًا لابن القاسم في الموازيَّة قالا: وروى ابن وَهْب جواز إلغائه للعامل إن كان تبعا كمكتري الدار والأرض فيها نخل تبع يشترط ثمرتها

محمد: لا أعرف من استحسنه ولا أخذ به.

زاد الباجي: وعلى رواية ابن وَهْب يجوز أن يلغى الموز للعامل إن كان تبعا للحائط، وسمع ابن القاسم في سقاء النخل فيها موز الثلث أو دونه أراه خفيفًا.

سَحنون: إن كان الموز مساقى مع النخل فاشترطه العامل لا يحل ابن رُشْد قول سَحنون تفسير ولا يجوز لغوه لرب الحائط؛ لأنه زيادة على العامل.

والفرق بينه وبين الأرض البيضاء ورود السنة في الأرض، ثم ذكر رواية ابن وَهْب في الزرع، قال: ومثله لمالك في الثاني من التفسير ليحيى عن الحارث عن ابن القاسم عنه، فعليه إن كان الموز يسيرا جاز لكل منهما شرطه على صاحبه.

الصقلي عن محمد: إن كان الزرع تبعًا للنخل جازت مساقاته تبعا معها وإن لم يعجز عنه، وإن كان النخل تبعًا للزرع لم تجز مساقاته حتى يعجز عنه.

[باب العاقد]

العاقد: من صح تصرفه في المساقى فيه أصلًا أو نيابة(1).

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (من صح تصرفه) أخرج به من لا يصح تصرفه كالمحجور عليه، ويدخل من أحاط الدين بماله قبل تفليسه ويدخل فيه مساقاة المريض المرض المخوف من غير محاباة كبيعه، وفي ذلك خلاف معلوم ويدخل فيه الوكيل والوصي والمأذون له في التجارة.

(فإن قلت): لأي شيء لون الشَّيخ العبارة، فقال في القراض عاقده دافعا وآخذا، وقال هنا العاقد فقط (قُلتُ): لم يظهر الفهم عنه: في تخصيصه ما ذكر هنا في العاقد الذي يعم المساقي والمساقى، وتخصيصه في القراض كل قسم برسمه ويأتي ما يلتئم منه الجواب.

قوله: (في المساقي فيه) أخرج به غير المساقي فيه وهو ظاهر في دخول العاقدين، وأن العامل له أن يعطي المساقاة كما ذكر فيها بشرطها.

=

فيها: للمديان دفع المساقاة وأخذها قبل قيام غرمائه، وبعده لهم فسخه، وقبله التونسي.

الصقلي: هذا على قول من يجيز بيعه وهو في المساقاة في التفليس، وعلى منعه قبل الإبار يفسخه الغرماء إن شاءوا، وإن كان دينهم يحل قبل إباره؛ لأنه يمنعهم من بيعه بعد المساقاة.

اللخمي: إن عقده قبل قيام الغرماء عقدًا يمنع بيع الرقاب فلهم نقضه في الكراء والمساقاة لتهمته أنه فعله لتعجيل ديونهم.

وإن ساقى قبل الدين أو بعده وبيده ما يفي بدينه، ثم طرأ ما أتلف ذلك المال لم ترد مساقاته ولو بعد أمرها وقاموا قبل العمل.

وفيها: للمريض مساقاة نخله كبيعه إلا أن يحابي فيه فيكون في ثلثه.

اللخمي: اختلف في مساقاته فذكر قولها.

قال: وقال ابن عبدوس أنكرها سَحنون ولا أحفظ له فيها تفسيرًا، والذي أعرف له إن زاد على مساقاة مثله بأمر بين فكهبته يوقف السقاء لما لا يطول ولا يضر صاحب الحائط، فإن صح أو مات قبل فسخه وحمل ثلثه الحائط لزم عقده، وإن لم يحمله وحمل المحاباة خير الورثة في إمضاء السقاء وإمضاء العامل ثلث الميت وفسخ السقاء، ويمنع العامل حال الوقف من السقاء، فإن طال الوقف وخيف ضياع الحائط فسخ السقاء لا يؤخر لصحة ولا موت.

اللخمي: إن كان السقاء لسنة فقول ابن القاسم أحسن، يمكن العامل من العمل عاجلا، إن صح المريض تمت المحاباة، وإن مات كانت في الثلث أو ما حمل منها، ولا

(فإن قلت): لأي شيء لم يقل في القراض كذلك ويقول العاقد من صح تصرفه في القراض.

(قُلتُ): إذا تأملت ما قدم في القراض من تخصيص كل برسمه وأمعنت النظر يظهر لك عدم صحة جمعهما في رسم واحد؛ لقوة اختلاف أحكامهما وربما يفهم الجواب عن السؤال المذكور قبل وفيه تأمل والله أعلم بحقيقة قصده - رحمه الله ونفع به- وتأمل أيضًا لأي شيء لم يقل من صح تصرفه أو نائبه أو وكيله كما تقدم.

يجعل الحائط في الثلث؛ لأن الورثة ممكنون منه، والمحاباة حق للعامل لا عليه إن رضي بالعمل.

واختلف في كتاب العتق قول ابن القاسم في المريض: يشتري عبدا لمحاباة، فقال مدة المحاباة كهبة مفردة عن البيع تكون في ثلثه لا مقال للبائع في البيع إن لم يتم، وقال مرة: لا يتم البيع إلا بتمامها، فعلى الأول يجبر العامل الآن على العمل، وعلى الثاني لا يجبر حتى يموت رب الحائط فتتم المحاباة، هذا إن كان العامل يجهل أو يظن أن المحاباة تصح من رأس المال، وإن كانت المساقاة سنتين صح قول ابن عبدوس؛ لأن مقال الورثة في حبس الرقاب، وإن لم تكن محاباة، فإن حمل الثلث الرقاب صحت المساقاة، وإلا ردت وقطع له بثلث الميت.

التونسي: لا يجوز له أن يعقل عن الورثة أكثر من الثلث، فإن لم يحمل الثلث الحائط، فإن ساقاه سنة وشبهها مما يجوز بيع الحائط على أن يقبض إليه جاز، على قوله بجواز بيع الحائط المساقاة لفلس ربه قبل إبار الثمرة؛ لأن حظ العامل منها غير مستثنى، إنما أوجبه الحكم فالوارث قادر على بيع الحائط إن لم يكن في المساقاة محاباة، فإن كانت وحملها الثلث كجعله له ثلاثة أرباع الثمرة وسقاء مثله الربع، فالنصف موصى له به يخير الورثة في إمضائه له أو القطع له بثلث الميت، وإن ساقاه الحائط خمس سنين مما يتغير النخل إذا بيعت إليه وهي لا يحملها الثلث، فإما أجاز الوارث وإلا قطع له بالثلث كما لو أوصى بخدمة عبده سنين، والثلث لا يحمل رقبته وهو يحمل الخدمة، وكما لو أكرى عبده في مرضه ولا مال له غيره بما يساوي كراء سنة؛ لأن الوارث غير قادر على بيعه والتصرف فيه.

وفيها: للوصي مساقاة حائط يتيمه وللمأذون دفعها وأخذها، وكره مالك أخذها من نصراني ولم يحرمه، ولا بأس أن تساقيه نخلك أو كرمك إن أمنت أن يعمله خمرًا.

قُلتُ: ظاهره عدم الأمن حتى يعلم.

وفيها: ويجوز أخذ رجلين حائطًا مساقاة من رجل، وكذا حائط لقوم يجوز أن يساقوه جماعة أيضًا.

[باب في شرط حظ العامل]

حظ العامل: شرطه كونه معلوم القدر بنسبته لكل غلة الحائط المساقي أو بكونه كلها متحدًا في سقيها[1].

فيها: يجوز على النصف والربع وأقل من ذلك وأكثر، وعلى أن للعامل كل الثمرة، وسمعه أشهب.

اللخمي: قال ابن القاسم؛ لأنه إذا جاز أن يترك بعض الثمرة بالعمل جاز أن يتركها كلها، وروى ابن حبيب من الحوائط ما لو اشترط ربه شيئًا من ثمرته لم يجد من يساقيه عليه.

اللخمي: فعلى هذا التعليل تكون مساقاته حقيقة، ويجبر العامل على العمل أو

(1) قال الرَّصاع: قوله: (معلوم القدر بنسبته) لا بد من ذلك القراض.
قوله: (لكل غلة) هذا المنسوب إليه ولا بد من ذلك.
قوله: (أو بكونه) عطف على نسبته أدخل به ما وقع في المدَوَّنة من المساقاة لكل الغلة، وقاسها على القراض وفيه لهم بحث.
(فإن قلت): إذا جازت المساقاة بكل الثمرة فهل ذلك هبة للعامل.
(قُلتُ): قال التونسي هذا كله كالهبة وإن انتفع ربها بسقي أصوله كالعبد المخدم، فإن النفقة على المخدم لا على سيده ووقع لسَحنون أن ذلك منحة لا مساقاة، وانظر كلام اللخمي في ذلك والله سبحانه أعلم.
قوله: (متحدًا) إلخ أدخل به إذا ساقى حائطين في عقد.
قال ابن القاسم: لا بأس بمساقاة حائطين سقاء واحدًا.
(فإن قلت): وهل يجوز مساقاة العامل.
(قُلتُ): نعم أجازها في المدَوَّنة وسماها مساقاة إذا كان في مثل أمانته.
قال في السماع: يساقي من شاء على نصف أو ثلث.
(فإن قلت): وهل يجوز الربح في مساقاة العامل مثل أن يأخذ على النصف ويعطي على الثلثين.
(قُلتُ): لا يجوز ذلك وما وقع فيها مشكل وفيه بحث للشيخ: وعندي لو ذكر رسما للعامل لكان صوابًا، وعليه تجري مسائل في ذلك كعادته في رسومه، وقد قدمت الإشارة إلى مثل ذلك فراجعه والله سبحانه أعلم بقصده السني:.

يستأجر من يعمل إلا أن يقوم دليل على أنه أراد الهبة لقلة المئونة وكثرة الخراج، فلا يجبر ويجري على أحكام الهبة، ومتى أشكل الأمر حملًا على المعاوضة لقوله: أساقيك.

قُلتُ: هذا خلاف قول التونسي، وهذا كله كالهبة، وإن انتفع ربها بسقي أصوله كالعبد المخدم نفقته على المخدم؛ لأن جل النفع للمخدم والمساقى، ولو مات قبل الحوز بطلت، ليس كالعقد اللازم وإن لم يقبض.

ومن كتاب أبي إبراهيم قال سَحنون: هذه منحة لا مساقاة، وذكره ابن رُشْد في مقدماته غير معزو، وقال: فتفتقر للحوز وتبطل بالموت وهو بعيد.

والحائط مختلفًا نوع شجره مختلطًا كمتحد.

اللخمي: روى محمد على العامل سقاء كله حتى يفرغ منه ومن كل الثمرة.

قال: وكذا إن لم تختلط، والمخالف منها يسير لا يساقى بانفراده، واختلاف ثمرته بالجودة والرداءة كتساويها.

تعدد الحوائط وثمرها سواء في الجودة والرداءة والعمل أو تقاربها كواحد.

وسمع عيسى ابن القاسم: لا بأس بمساقاة الحائطين سقاء واحدًا على النصف أو الثلث إن استويا، وإلا فلا خير فيه إن كان لا يأخذ أحدهما إلا لمكان الآخر.

وسمع القرينان عن من له الحائط فيه البعل وغيره أيساقيها سقاء واحدا؟

قال: لا بأس به.

ابن رُشْد: هذا مثل قولها: تجوز مساقاة الحائطين على سقاء واحد، وإن لم يكونا مستويين خلال سماع عيسى واختلف في هذا أو لم يختلف في منع مساقاة حائطين على جزأين مختلفين كانا متفقين أو مختلفين، ولا فرق بينهما إذ الخطر فيهما سواء؛ لأنه إن اختلف الحائطان أو الجزءان فقد حمل أحدهما صاحبه، إنما فرقت بينهما السنة؛ لأنه ﷺ ساقى خيبر كلها على النصف، وفيها الجيد والرديء، فإن وقعت المساقاة في الحائطين المتفقين أو المختلفين على جزءين أو في المختلفين على جزء واحد على القول بمنعه، وفات بالعمل رد العامل لمساقاة مثله.

قُلتُ: وعزاه الصقلي لابن حبيب، وقرر اللخمي اختلافها بالجودة والرداءة، أو

بأن أحدهما سيح أو بعل والآخر يسقى بالغرب، وذكر تعليل المَدَوَّنة قولها بفعله ﷺ.

قال: إن أراد أن يخالفا بين الإجزاء على قدر ما يتكلف لهما ويجعلا لكل واحد قسطه من الجزء جاز، ليس في الحديث ما يمنعه إذا وردت الرخصة على صفة فيها غرر وفساد، فأراد قوم إسقاط بعض ما يوجب الفساد لم يمنعوا؛ لأن مساقاتهما على جزء واحد يؤدي إلى مساقاة حائط بجزء من آخر؛ لأنه إذا كان أحدهما كثير الثمرة قليل المؤنة والآخر بالعكس أو أحدهما سيحًا والآخر يسقى بالغرب، فمعلوم أنه يأخذ العوض عن ما يكثر عمله مما تقل مؤنته، وقول ابن القاسم: قدم فيه القياس على خبر الواحد، ولو جعلا في الجيد وهو أقل عملا الثلثين، وفي الكثير المؤنة القليل الثمرة الثلث لم يجز اتفاقًا.

وفيها: من ساقى نخلًا على النصف وزرعًا على الثلث لم يجز حتى يكونا على جزء واحد ويعجز عن الزرع ربه.

الصقلي عن ابن حبيب: إن وقع وقد عجز عن الزرع رد إلى مساقاة مثله وإلا رد في الزرع إلى الأجرة.

وفيها: من ساقى حائطين على النصف على أن يرد أحدهما في العام الثاني ويعمل في الآخر لم يجز؛ لأنه خطر.

الصقلي: كان المردود معينًا أو لا، ابن حبيب: إن نزل ففي الحائطين أول سنة مساقاة المثل، وكذا في الباقي بيده في السنة الثانية.

[زكاة المساقاة]

وزكاة المساقاة: في البيان: الواجب إخراجها من جملة الثمرة إن بلغت نصابًا، أو كان لرب الحائط ما إن ضمه إليها بلغته، ثم بعده يقسمان ما بقي.

اللخمي: قول مالك أنها مزكاة على ملك رب الحائط يجب ضمها لماله من ثمر غيرها، ويزكى جميعها ولو كان العامل ممن لا تجب عليه، وتسقط إن كان رب الحائط ممن لا تجب عليه، والعامل ممن تجب عليه، وروى أشهب لا جائحة في ثمرة المساقاة،

وعلى العامل العمل إن أجيحت، وهذا يقتضي أن يكون حظ العامل يطيب على ملكه وأن سقيه من الآن لنفسه وهو فيها كالشريك، ولا تجب الزكاة إلا على من في حظه نصاب إن اختلفت أجزاؤهما، وإن أصابا أربعة أوسق ولكل واحد منهما نخل فيها من الثمرة ما إن أضافه لحظه كان نصابًا وجبت الزكاة عليه.

ابن رُشْد: وفي جواز شرطها أحدهما على الآخر، ثالثها تجوز على العامل، ورابعها عكسه لها والأسدية، وسماع أشهب والتخريج على ما بيناه من سقوط الغرر في شرطها على رب الحائط على أنها إذا لم تجب يرجع الجزء المشترط في الزكاة على من اشترط عليه، وقولها أظهر إن كان الحائط لا تسقط منه الزكاة غالبًا، ويحتمل حملها على هذا؛ لأن النادر لا يعتبر في إحالة الحكم على وجهه.

وقول الأسدية: على الحائط الصغير المحتمل سقوطها وثبوتها فلا يكون اختلافًا، ووجه قول الأسدية بأن الزكاة قد لا تجب فلا يدري في العامل على ما عمل؛ لأنها إن لم تجب أخذ نصف الثمرة، وإن وجبت أخذ أربعة أعشارها إن كان المشترط عليه، وإن اشترطت على رب الحائط فلا غرر؛ لأنه يأخذ النصف على كل حال، والغرر الذي في جهة رب الحائط بأخذه نصف الثمرة إن لم تجب الزكاة، وأربعة أعشارها إن وجبت لا عبرة به، وهذا على أن الجزء المشترط يرجع لمن اشترطت الزكاة عليه إن لم تجب، وعلى أنه إن لم تجب يكون لمشترطه، فإنما الغرر إذا اشترطت على رب المال لا إذا اشترطت على العامل.

وعلى هذا يأتي في قوله في سماع أشهب، وإن كان لم يعلله إلا بالاتباع فقال ﴿ قَدْ خَلَتْ مِن قَبْلِكُمْ سُنَنٌ ﴾ [آل عمران: 137]، وعلى القول أنه بينهما أو يلغى ويقسمان الثمرة اتساعا، فالغرر حاصل اشترطت على رب الحائط أو العامل؛ لأنه يأخذ أربعة أجزاء من عشرة إن وجبت، وكان المشترط عليه وأربعة أجزاء ونصف جزء من عشرة، أو أربعة أجزاء من تسعة إن لم تجب، وخمسة أجزاء من عشرة إن وجبت، وكان المشترط عليه رب الحائط، وخمسة أجزاء ونصف جزء من عشرة، أو خمسة أجزاء من تسعة إن لم تجب.

قُلتُ: قسم جزء الزكاة على تسعة عزاه التونسي لابن عبدوس، وصوبه الصقلي ولم يعزه، وعزا رد جزء الزكاة إن لم تجب لمن شرطها لرواية ابن وَهْب وقسمه بينهما لسَحنون.

[باب في العمل في المساقاة]

العمل فيها: وجه العمل في المساقاة أن النفقة، وكل المؤنة على العامل وإن لم يشترط ذلك عليه، عليه نفقة نفسه ودواب الحائط وإن لم تكن له.

اللخمي: عمل المساقاة ما تحتاج إليه الغلة وهي قائمة، فإن زايلت الأصول سقطت[1].

قُلتُ: عمل المساقاة كل في الذمة كمسلم فيه، فيجب ذكره في العقد مبينًا كوصف المسلم فيه، وقال ابن الحاجب: ولا يشترط تفصيل العمل ويحمل على العرف.

قال ابن عبد السلام: لعل مراده إذا كان العرف منضبطًا وإلا فلا بد من البيان، وقد يقال إنه لا بد من تفصيله؛ لأنه اختلف في أمور هل هي على العامل أو رب الحائط؟ فالسكوت عنها جهالة.

قُلتُ: إن كان بموضع لها به عرف منضبط فواضح عدم وجوب بيانه من مسائل المدَوَّنة الدالة على أن العرف كالشرط وإلا فالظاهر وجوب بيانه.

وفي أكرية الدور منها: لا بأس بكراء حانوت لا يسمى ما يعمل فيه، وله أن يعمل ما لا يضر بالبناء لا ما يضر به.

قال غيره: إن تفاوت ضرر الإعمال لم يجز الكراء إلا على أمر معروف.

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (ما تحتاج إليه الغلة) فيه إبهام لكن بينه كما يذكره بعد.

(فإن قلت): وهل يصلح ما ذكره عنها بيانا للعمل.

قُلتُ: لفظه قابل له والصواب أن يضاف ما للخمي للمدَوَّنة وليس لمجموع ذلك، ولما ذكر الشَّيخ: ما ذكرنا قال: إن عمل المساقاة كلي في الذمة فيجب ذكره في العقد كمسلم فيه وتأمل باقي كلامه وبحثه: هنا وهو يؤيد ما أشرنا إليه من أن العرف مبين للعمل والله أعلم.

الباجي: إن كان للعمل عرف قام مقام الوصف وإلا فلا بد من وصفه.

وفي المقدمات: عمل الحائط إن لم يتعلق بالثمرة لم يلزم العامل، ولا يجوز شرطه عليه إلا اليسير.

قُلتُ: سيأتي تعيينه.

قال: وإن تعلق بها وينقطع بانقطاعها ويبقى بعدها يسيرًا، لزم العامل وبه يجب العوض كالحفر والسقي وزبر الكروم وتقليم الشجر وإصلاح مواضع السقي والتشريب.

قُلتُ: في الصحاح: الشذبة بالتحريك ما يقطع مما تفرق من أغصان الشجر ولم تكن في لبه.

وفيها: الجذاذ والحصاد والدراس على العامل والزيتون إن شرطا قسمه حبًا جاز، وإن شرط عصره على العامل جاز، ومثله سمع ابن القاسم بزيادة.

قال ابن القاسم: عليه عصر الزيتون إن كان عصره غالبًا بالبلد.

وفي السماع المذكور قال سَحنون: منتهى مساقاة الزيتون جناه.

قيل: بعد ما حل بيعه أو بعد الإثمار، قال: بعد الإثمار، قيل: فالتين والكرم.

قال: عليه القطاف والتيبيس هو جل مساقاته لا تنقض مساقاته، وعلاجها بالجناء حتى ييبسه ويصير زبيبًا.

ابن رُشْد: قوله لا بأس بشرط عصر الزيتون على العامل، يدل على أنه دون شرطه على رب الحائط، ومثله في الموازيَّة مثل قول سَحنون: منتهاه في الزيتون جناه، ومعناه: إن لم يكن عرف البلد أن عصره أن على العامل فيلزمه إلا أن يشترط سقوطه ببينة.

قول ابن القاسم: أجيز أو قول سَحنون في التين والكرم عليه القطاف إلخ، إنما هو إذا كان غالبًا على أهل البلد، وإن لم يكن غالبًا لم يلزمه إلا بشرط، والمراعى فيه عرف البلد إن لم يكن في المساقاة عرف، وإن كان فيها عرف فهو المعتبر وإن خالف عرف البلد.

قُلتُ: هذا خلاف قول اللخمي، اختلف في عصر الزيتون فلابن القاسم فيها هو

على من شرطاه عليه منها، ولم يذكر حكمه في عدم الشرط، وقال محمد وسَحنون: هو عليهما.

قال سَحنون: منتهى المساقاة جناه، وقال ابن حبيب: هو على العامل إن شرطه على رب الحائط وله قدر لم يجز، ورد العامل لأجر مثله، والأول أصوب، إنما تقتضي المساقاة عمل ما تحتاج إليه الغلة وهي قائمة، وإن زايلت أصولها سقط عملها، وأرى الدرس عليهما.

قُلتُ: نقله عن المدَوَّنة هو على من شرطاه عليه منهما يقتضي جواز شرطه على رب الحائط، وإن شرطه على رب الحائط وليس ذلك فيها، إنما فيها إن شرطاه على العامل فلا بأس، وإن شرطا قسمه حبًا فلا بأس.

ولأبي عمر عن مالك وأصحابه: إن لم يشترط فهو على العامل، ففي كون عمل ما يتم به المقصود من الثمرة بعد فصلها من أصلها، ولا عرف ولا شرط عليهما إلا أن يشترطه على العامل أو مطلقًا، ثالثها: على العامل ويفسدها شرطها على رب الحائط إن كان له قدر، ورابعها: على العامل وله شرطه على رب الحائط لها مع ابن رُشْد عن فهمه المذهب، واللخمي عن ظاهر قول محمد مع سَحنون، وعن ابن حبيب وأبي عمر عن مالك، ورابعها: على العامل فله شرطه على رب الحائط.

ومقتضى قوله: إن شرطا قسم الزيتون حبًا جاز إن لقطه وقطفه حبًا، وعلى العامل وعرف بلدنا أنه ليس عليه وثمن مؤنته له.

قال: وفيها: إن شرط العامل على رب النخل صرامها لم يجز؛ لأن مالكًا جعل الجذاد مما يشترط على العامل.

اللخمي: اختلف قول مالك في الإبار جعله مرة على رب الحائط، ومرة على العامل وتأول بعضهم كونه على رب الحائط أنه الشيء الذي يلقح به، وقوله على العامل عمله وتعليقه ليس ببين، وآلة العمل من حيوان وغيره إن لم تكن في الحائط ففيها: هي على العامل إلا أن يكون في الحائط دواب أو غلمان كانوا يعملون فيه فلا بأس بذلك.

قُلتُ: إن لم يشترطهم العامل وأراد رب الحائط إخراجهم.

قال: قال مالك: إما عند معاملته واشتراطه فلا ينبغي إخراجهم، وإن كان إخراجهم قبل ذلك فلا بأس.

قُلتُ: يجب حمل قوله في الجواب واشتراطه أنه اشتراط غير الرقيق والدواب، لا يجوز اشتراطه لقوله في السؤال إن لم يشترطهم العامل.

وفي التنبيهات: قوله إن كان في الحائط دواب أو غلمان يعملون فيه ويشترطهم فلا بأس بذلك، أوقف في كتاب ابن عتاب، ويشترطهم وكتب عليه ليس هذا الحرف من المَدَوَّنة، وصح في الأسدية.

عياض: هو لفظ مستغنى عنه، لذا طرحه سَحنون إذ ذلك للعامل دون شرطهم، وما في الأسدية قول ثان مثل ما في كتاب ابن مزين ليحيى وابن نافع أنهم لا يدخلون إلا بشرط، واعترض المسألة حمديس وفهم منها صحة لفظ الاشتراط على ما في الأسدية؛ لأنه قال: ينبغي على أصله أن لا تفسد المساقاة بشرط رب الحائط إخراجهم؛ لأنه لو سكت عن الاشتراط لم يدخلوا.

قُلتُ: في سماع عيسى ابن القاسم مثل ما في الأسدية، وفيه إن جهل العامل استثناء الرقيق والدواب وظن أن ذلك له، وإن لم يستثنهم فقال رب الحائط: إنما ساقيتك الحائط دون دوابه ورقيقه تحالفًا وتفاسخًا.

ابن رُشْد: قوله هذا خلاف قولها أن الحكم دخولهم ولا يجوز لرب الحائط أن يستثنيهم، وعلى هذا السماع إن اتفقا على أن أحدهما استثناهم جاز ما اتفقا عليه، وإن اتفقا على عدم استثنائهم أحد منهما ولا كانت له بينة بقوا لرب الحائط، وإن اختلفا فيما نوياه أو فيما ادعياه لتحالفا وتفاسخا، وكذلك إن ادعى أحدهما الاستثناء وكذبه إليه الآخر، ولم يدع استثناء إلا أنه قال: نويته، وعلى قولها: لو ادعى كل واحد منهما أنه استثنى كان القول قول العامل؛ لأنه مدعي الصحة على القول بمراعاة الأشبه مع القيام خلاف سماع أبي زيد في المغارسة.

قُلتُ: انظر قولها وإن كان أخرجهم قبل ذلك فلا بأس هل هو مطلقًا؛ لأنه مختلف

فيه أو ما لم يكن ذلك لقصد إخراجهم من المساقاة، كمن أراد طلاق زوجته فأخرجها من مسكنها لكي تعتد بغيره.

وقال أبو حفص العطار: إن أراد أن يساقي حائطه فأخرجهم، ثم أقبل يسوم به فلا بأس، إنما الذي لا يجوز أن يخرجهم عند إرادة عقدها مع من يتكلم معه فيه.

ولما ذكر الباجي سماع عيسى تحالفًا وتفاسخًا.

قال: قال أبو محمد انظر، وهو لا يجوز عنده إخراجهم فصار مدعيًا لما لا يجوز، ومعناه: على أصل ابن القاسم أن اختلافهم يقول: رب الحائط إن لم يكونوا بالحائط يوم المساقاة، وقال العامل: كانوا به.

وذكر ابن مزين رواية عيسى عن ابن القاسم فقال: يتحالفان ويتفاسخان إلا أن يمضي رب الحائط الرقيق فتلزم المساقاة، وهذا يدل على صحتها كما قلناه، ثم عزا لعيسى مثل قول ابن نافع.

المقتضي: أن لرب الحائط شرط إخراجهم.

قال: وإذا قلنا إن ذلك لا يجوز وشرطه.

ففي الموازيَّة: إن عمل عليه فله أجر مثله، ولابن القاسم في المدنيَّة: له مساقاة مثله.

قال محمد: ثم رجع إلى أجر مثله، ولو قال رب الحائط: لم أشترط شيئًا لكني اعتقدت إخراجهم لم يفده وكانوا للعامل.

وفيها: لا يجوز شرط العامل على رب الحائط دواب، أو رقيقًا ليسوا في الحائط، ولا خلف ما أدخل العامل فيه.

اللخمي: قال ابن نافع: لا بأس أن يشترط من الرقيق ما ليس فيه، وهذا أقيس إذا جاز أن يساقي ما فيه كفاية، على أن على العامل ما سواه، جاز أن يعمر الخالي؛ ولأنها إجارة يتغير العوض عنها بقدر ما يتكلف فيه.

الباجي: إن كان بالحائط أجراء فأجرهم على ربه، لا يجوز إخراج شيء منهم.

اللخمي: إن كان كراؤهم غير وجيبة فهو كما لا رقيق فيه، وإن كان وجيبة لمدة

تنقضي فيها المساقاة فهم كرقيق الحائط يجري فيهم قولا مالك وابن نافع، وإن انقضت مدة الإجارة في نصف مدة المساقاة كان ما بعد أمد الإجارة على العامل.

وفيها: ما كان في الحائط يوم العقد من دواب أو رقيق فخلف ما مات منهم على رب الحائط، وإن لم يشترط العامل ذلك ولو شرط خلفهم على العامل لم يجز.

اللخمي: والإباق والتلف في أول العمل كالموت.

الباجي: إن مات الرقيق والأجراء والدواب أو أبقوا أو مرضوا أو منعهم من العمل مانع ممن هو لرب الحائط، ففي المَدَوَّنة لمالك: عليه خلفه.

زاد في غيرها: وإن لم يشترط العامل ذلك؛ لأن العقد كان على عمل في ذمة رب الحائط، وتعين في هؤلاء بالتسليم، هذا إن كان مستأجرًا جميع العام، وإن كان مستأجرًا لبعضه فلم أر فيه نصًّا، وعندي أن عليه ما يتم به العام كخلف ما مات.

قُلتُ: هذا خلاف ما تقدم للخمي.

الصقلي عن ابن حبيب: إن شرط العامل على رب الحائط خلف ما أدخل العامل أو شرط رب الحائط على العامل خلف ما هلك مما كان لرب الحائط، رد العامل فيهما إلى أجر مثله.

وفيها: نفقة رقيق الحائط ودوابه على العامل، وإن كانوا لرب الحائط.

اللخمي: لمالك في مختصر ما ليس في المختصر: نفقة رقيق رب الحائط ودوابه عليه، وهذا مقتضى القياس؛ ولأنها على العامل طعام بطعام إلى أجل، وما في المَدَوَّنة لتقديم خبر الواحد على القياس؛ لأنه ﷺ لم يرو عنه أنه تكلف شيئًا من ذلك لأهل خيبر.

وله عن ابن حبيب: نفقة أجراء الحائط وكسوتهم على العامل، وإن كانت أجرتهم على ربه؛ لأنهم كانوا فيه قبل السقاء كرقيقه.

يريد: إذا كانت الإجارة على أن نفقتهم على رب الحائط، وعلى أحد قولي مالك تبقى نفقتهم على رب الحائط، وعزاه الباجي أيضًا للموازية.

اللخمي: وإن كانت إجارتهم غير وجيبة فتركهم العامل يعملون، ولم يعملوا بعقد

السقاء؛ فلهم أجر المثل كان أقل من المسمى أو أكثر، إن كانت أكثر.

قال الأجراء: إنما عملنا بالمسمى بعقد مع غيرك، وإن كانت أقل قال العامل: إنما عاقدتم غيري فما علي إلا قيمة منافعكم.

الباجي: سنة المساقاة أن الدلاء والحبال والأداة من حديد وغيره على العامل إلا ما كان في الحائط يوم المساقاة فيستعين به العامل وإن لم يشترطه، قاله في الواضحة ونحوه للخمي، وهو بعض مدلول قولها جميع المؤنة على العامل.

اللخمي: إن كانت فيه فعلى العامل ما بعد فنائها فإن سرقت فخلفها على رب الحائط إن أخلفه جديدًا استعمل إلى حد ما يرى أن يبلغه الأول، ثم يأخذه ربه ويأتي العامل ببدله؛ لأن مدة الآلة معلوم بخلاف العبد والدابة حياتها مجهولة لو دخلا على حياتها كان غررًا.

الباجي: لو استعمل ما في الحائط من الحبال والآلة حتى خلق فعلى العامل خلفه، فإن سرق فعلى رب الحائط خلفه.

قال بعض شُيُوخنا: وقيل على رب الحائط خلفه في الوجهين، والأول أظهر، وعلى نقل الباجي لزوم رب الحائط الخلف مطلقًا إن أخلف ما سرق .

قال ابن الحاجب: إن مضى قدر الانتفاع به جاءت القولان، أي: على القول بعدم لزوم الخلف إذا فنى يأخذ رب الحائط ما أخلفه، وعلى القول بلزومه لا يأخذه.

وفيها: إن شرط رب الحائط بناء العامل حول النخل حائطًا أو تزريبها أو حفر بئر لسقيها أو لسقي الزرع أو إخراق مجرى العين إلينا لم يجز، ويكون أجيرًا إن كان ما ازداد ربه من ذلك يكفيه مؤنة ليست يسيرة.

زاد في الموطأ: أو عين يرفع في رأسها أو غرس يغرسه فيها يأتي بأصل ذلك من عنده أو ظفيرة بينهما لعظم نفقتها.

الباجي: عن محمد إن كان الغرس يسيرًا أجزت المساقاة وأبطلت الشرط، وإن كان له قدر لم تجز.

قال مالك: ولو كان الغرس من عند رب الحائط، فإن كان يسيرًا جاز وإلا لم يجز.

قال مالك: وله أجر مثله.

قال عيسى: إن كان العمل كثيرًا من العامل دون الأصل رد لمساقاة مثله، ولو أتى العامل بالرديء رد لأجر مثله وأخذ قيمة غرسه مقلوعًا.

وفيها: من أعطى أرضه رجلًا يغرسها شجر كذا، يقوم عليها فإذا بلغت كانت بيده مساقاة سنين سماها لم يجز؛ لأنه خطر.

الصقلي: إن نزل فسخت المغارسة ما لم تثمر الشجر ويعمل بعد ذلك فله أجر مثله فيما عمل، وفي سني المساقاة مساقاة مثله.

اللخمي: إن نزل والغرس من عند رب الأرض فالعامل أجير بعمله قبل أن تطعم ويخرج متى عثر عليه، ما لم تطعم فتبقى بيده على مساقاة مثله بقية الأجل، وقيل في مثل هذا: له الأقل من المسمى أو سقاء المثل.

واختلف إن كان الغرس من عند العامل، وفات بالعمل، فقيل: هو فوت وله قيمته وقت وضعه بالأرض وقيمة خدمته لوقت خروجه ما لم تطعم فيمضي على مساقاة المثل، وقيل: ليس بفوت؛ لأنه باعه بيعًا فاسدًا على بقاء يده عليه ينتفع بثمرته بعد الطيب، وذلك تحجير عليه من بائعه والغرس له وعليه قيمة ما أصلحت الأرض ونمت فيه، وله قيمته يوم يخرج عن الأرض قائمًا؛ لأنه غرسه بوجه شبهة وإذن مالك الأرض وليبقى بها للأبد، وقيل: قيمته مقلوعًا والأول أبين.

وفيها: إنما يجوز شرط رب الحائط على العامل ما تقل مئونته كجم العين، وهو كنسها وقطع الجريد وسد الحظار واليسير من إصلاح الظفيرة ونحوه، وسرو الشرب وهو تنقية ما حول النخل من منافع الماء، لم يذكر ابن رُشْد خلافًا أن سرو الشرب على رب الحائط.

وقال الباجي: قال ابن حبيب: هو على العامل وإن لم يشترط عليه.

زاد اللخمي: وهو أصوب.

عياض: هو بفتح السين المهملة وسكون الراء في الكلمة الأولى في فتح الشين المعجمة، وفتح الراء في الكلمة الثانية الشربة الحفرة حول النخلة يجتمع فيها الماء

لسقيها جمعها شربات وشرب، وسروها كنسها مما يقع فيها، ويمنع سوق الماء إليها من تراب وغيره، وتوسعتها ليكثر ماؤها، لا ما قاله بعضهم: أنه نزع ما يجعل فيها من جريد وليف لحبس رطوبة الماء؛ إذ لا منفعة في هذا.

الباجي: روى في سرو الشرب أنه سوق الماء وجلبه الذي يسقى به.

عياض: وسد الحظار وشده يروى بالمعجمة والمهملة بها رواه ابن وضاح، والحظار كالحوائط أو الزروب حول الماء تمنع المواشي.

ابن مزين: المعجمة أصوب هنا.

وقال ابن يحيى: ما حظر بزرب فبالمعجمة، وما بجدار فبالمهملة.

قُلتُ: عزا الروايتين بالمعجمة والمهملة أبو عمر لمالك.

عياض: والظفيرة عيدان تنسج وتظفر وتطين يجتمع فيها الماء كالصهريج، وإلى هذا أشار ابن حبيب، وقال غيره: هي مثل الساقية الطويلة في الأرض تجعل لمجرى الماء فيها تبنى بخشب وحجارة يظفر بعضها ببعض.

الباجي عن ابن حبيب: رم القف وهو الحوض الذي يفرغ فيه الدلو ويجري منه إلى الظفيرة على رب الحائط، ويجوز شرطه على العامل.

قال أشهب: استخف مالك شرط على العامل.

قال في العتبيَّة: حرف القف وإصلاح كنس الزرنوق، وقيمة الدريهمات أو الدينار على رب الحائط إن لم يشترطه، وروى أشهب أيضًا: لا يشترط على العامل ما اشترط إصلاح كسر الزرنوق.

الصقلي: لا يجوز اشتراط كنس الزرنوق.

قُلتُ: عزاه التونسي للموازية، وما في العتبيَّة هو سماع أشهب.

ابن رُشْد: الزرنوق الخضارة، وقال أبو صالح: حرف الجذ الذي في القفة التي يسقى بها الماء، والأظهر أنها المعجمة التي يقع فيها الماء وكل ذلك يسير.

وفيها: أجاز مالك لمن هارت بئره دفع حائطه مساقاة إلى جار يسوق إليها ماءه للضرورة.

ابن القاسم: لولا أنه أجازه لكرهته.

الصقلي عن سَحنون: قول مالك أحسن.

عبد الحق: عن بعض القرويين ليس يعني أن يسوق فضل مائه.

مالك: لأن فضل الماء يأخذه عند ابن القاسم بلا ثمن، لو كان عنى فضله لم يقل لولا إجازة مالك لكرهته.

قُلتُ: هذا خلاف ما نقل ابن حارث.

قال: اختلف في هذه المسألة فذكر قول مالك: ابن القاسم حسبما تقدم، وقال: قال سَحنون: قول مالك أحسن، ألا ترى أن من انهارت بئره يقضى له بفضل ماء صاحبه ليحيي له به حائطه، فإذا كان لم يقضى له به فكأن بئره لم تنهر.

وقال ابن عبدوس: معناه أنه فضل بئر، وقال في مكان آخر: ما يعجبني قول مالك؛ لأن الماء يأخذه ويشرع في عمل البئر ولا يتوانى في ذلك، وهذا لا يأخذ في عمل يده بل يدعه فقد استزاد على العامل.

قُلتُ: ففي جواز سقاء من انهارت بئر جاره على سوق مائه مطلقًا، أو إن كان فضله وكراهته مطلقًا، رابعها: يكره في غير فضله لفهم بعض شُيُوخ عبد الحق قول مالك فيها وابن عبدوس في كتاب الشرح، وله في غيره: وفهم بعض شُيُوخ عبد الحق قول ابن القاسم فيها.

الصقلي عن محمد: وعلى العامل رم قصبة البئر وأشطينه، وقواديسه وحباله ومؤنة الماء والحديد لعمله، فإذا تم سقاؤه كان ذلك له.

قُلتُ: في الصحاح الشطن الحبل.

الخليل: الحبل الطويل.

وفيها: لا يجوز شرط العامل أن يعمل معه في الحائط ربه بنفسه، فإن نزل فله مساقاة مثله لإجازة مالك أن يشترط عليه دابة أو غلامًا إن كان لا يزول، وإن ماتا خلفه رب الحائط.

قال قبله: وذلك في حائط كبير لا في صغير رب حائط تكفيه دابة واحدة لصغره

فيصير هذا جميع العمل على ربه، وسمع القرينان: من قال لرجل: اسق أنت وأنا حائطي، ولك نصف ثمره لم يصلح، إنما السقاء أن يسلم الحائط إليه.

ابن رُشْد: إن وقع وفات فالعامل أجير؛ لأن ربه شرط أن يعمل معه فكأنه لم يسلمه إليه، إنما أعطاه جزءًا من الثمرة على أن يعمل معه بخلاف، فإن اشترط العامل أن يعمل معه رب الحائط هذا.

قال مالك فيها وفي غيرها: أنه يرد إلى مساقاة مثله، وقال أشهب: إلى إجارة مثله، وقال سَحنون: يجوز ولا يرد لمساقاة مثله كما لو شرط عليه غلامًا يعمل معه أو دابة.

عبد الحق: للعامل في شرطه مؤنة رب الحائط سقاء المثل، وفي القراض إجارة المثل؛ لأن الفساد في القراض أشد؛ لأن رب الحائط يتصرف مع العامل ويبيع ويغيب على ذلك، فكان المال بيده ولم يسلمه له ولا رضي أمانته والثمر في المساقاة في رؤوس الشجر لا يغاب عليه أيديهما عليه بالسواء.

وقياس قول سَحنون اشتراطه العامل معونة رب الحائط على شرط معونة غلامه لا يصح؛ لأنه في اشتراط رب الحائط كأنه لم يسلم الحائط إليه، ولا رضي أمانته وفي الغلام قد سلم الحائط إليه.

قُلتُ: ما فرق به بين المساقاة والقراض في سقاء المثل، وأجر المثل في القراض فيناقض ما أبطل به قياس سَحنون فتأمله، ويجاب بأن التحجير الناشئ عن بقاء يد رب الحائط ورب المال في القراض مقول فيهما بالتشكيك، هو في القراض أشد وفي المساقاة أخف خفة لا يبطل تأثيره الفساد، وسمع ابن القاسم: جواز شرط العامل على رب الحائط الغلام والدابة كقولها.

ابن رُشْد: قوله: (لا بأس بذلك إذا كان ثابتا لا يزول) يدل على أنه لا يجوز إلا بشرط الخلف، وقاله سَحنون نصًّا، وقيل: الحكم يوجبه وإن لم يشترط وهو ظاهر الواضحة والمدَوَّنة تحتمل الوجهين وتفسير الروايات جميعًا عندي أنه إن عين الغلام والدابة في اشتراطه إياهما بإشارة أو تسمية فلا يجوز إلا بشرط الخلف، وإن لم يعينها فالحكم يوجب خلفهما، واعترض بعض أهل النظر جواز اشتراط خلفهما معينين،

وقال: لا يجوز كما لا يجوز شرط خلف الدابة المعينة في الكراء وليس بصحيح؛ لأن شرط خلف المعينة في الكراء لا يجوز إذا نقد الكراء لا يجوز؛ لأنه يصير فسخ دين في دين، وإن لم ينقد فهو جائز، والمشترطة في المساقاة كما لو اكترى ولم ينقد كراءه؛ إذ ليس في المساقاة كراء معلوم؛ لأن العوض فيها مجهول.

قال: فإن لم يشترط الخلف حيث يجب اشتراطه أو اشتراط، ألا خلف حيث يوجب الحكم الخلف رد لسقاء مثله.

قُلتُ: ويأتي تعليله في وصف الفساد.

وفيها: شأن المساقاة إلى الجذاذ الأول حتى يشترط إلى الثاني، وتجوز إلى سنين ما لم تكثر جدًّا.

قيل: فعشرة.

قال: لا أدري تحديد عشرة ولا ثلاثين ولا خمسين، ونحوه في سماع أشهب.

ابن رُشْد: اتفاقًا أنها للأجدة لا للأهلة بخلاف القيالات هي بالأهلة لا بالأجدة، فإن وقعت إلى سنين وشرط أحدهما على صاحبه الخروج قبل الجذاذ أو بعده، ففيها: مساقاة مثله على أصل ابن القاسم.

الصقلي عن محمد: لو ساقاه من صفر إحدى وسبعين إلى صفر سنة ثلاث وسبعين، وتم الأجل قبل جداد الثمرة؛ لزم بقاؤها حتى يتم جدادها أحب رب الحائط أو كره، فإن شرطا أجلًا يتم سقيه فيه ويجده فلا بأس، وإن شرط أجلًا بعد الجداد يسقيه فيه لم يجز؛ لأنها زيادة.

اللخمي: معنى قوله: لزم بقاؤها حتى يتم جدادها، على أن الجداد قريب من انقضاء ذلك الأمد، وأنهما ظنا أن الثمرة تطيب في تلك المدة فيكونان قصدا إلى بيعها، ولو كان الطيب يتأخر عن تلك المدة بالشيء البين لم يصح ذلك؛ لأنه استعمله على بيع منافعه في تلك المدة ليأخذ ثمرة عامين.

وتعقبه ابن عبد السلام بقوله: إنما يتم هذا إذا لم يكن للعامل شيء في الثمرة الثالثة، وإن كان له منها حظه على نسبة ما تقدم، وهو ظاهر الروايات فلا فساد.

قُلتُ: قوله: (إنه ظاهر المَدَوَّنة): إن أراد باعتبار الحكم فمسلم، وذلك لا يمنع التعقب المذكور بل هو متعلقه، وإن أراد باعتبار ما دخلا عليه فلا فتأمله.

اللخمي: روى محمد إن جذ الحائط وبقي منه نخلات فعلى العامل سقي كل ما جذ وما بقي ولو كانت نخلات يسيرة هي العدائم المتأخرة الطيب حتى تجد، وكذا لو كانت فيه ألوان مختلفة نخل ورمان وزيتون، فسوى بين الثمرة من جنس أو أجناس ولو كانت متباينة.

وقال الأخوان: إن بقي من العدائم النخلة والنخلات فسقى كل الحائط على ربه حتى عدائمه، ويعطى العامل حظه منها، وإن كانت العزدائم الأكثر فعلى العامل سقي كل الحائط، وإن متصانفًا أو متشابهًا فعلى العامل سقي العزائم وعلى رب الحائط سقي غيرها.

وإن اختلفت أصناف الحائط فجنى بعضها فقال ابن الماجِشُون هو كالعدائم، وقال مُطَرِّف: كلما قطعت ثمرة وتقضي جنسها من البستان سقطت مؤنته قل أو كثر.

اللخمي: هذا القياس جنسًا واحدًا كان أو أجناسًا، ونقله الصقلي من الواضحة، وعزا الأول أيضًا ل أَصْبَغ، وصوب ابن حبيب الثاني، وسمع ابن القاسم مثل رواية محمد.

ابن رُشْد: العدائم صغار النخل المتأخر طيبها، قاله بعض القرويين، وقال النخعي: هي صنف من الرطب بالمدينة تأتي في آخر السنة وهو الأظهر.

قُلتُ: هذا الذي حكاه الجوهري وهو بالدال المعجمة.

ابن رُشْد: على أن العدائم صنف من أصناف التمر يتأخر طيبه يدخله الخلاف الذي في الحائط يكون فيه أصناف من تين وعنب وتمر ورمان يتعجل طيب بعض ذلك قبل بعض، فيها ثلاثة أقوال، لزوم سقي كل الحائط وما يجذ من العزائم، ولو قل هو قوله في هذا السماع.

وفي المختصر لمالك وابن القاسم: وسقي العدائم فقط كانت أقل الحائط أو أكثر، وهو قياس قول مُطَرِّف في الحائط فيه أصناف من التمر، إلا أن يشترط عليه سقي

الحائط كله حتى تفرغ كل ثمرة فيجوز ذلك، رواه ابن وَهْب، وثالثها: أن القليل يتبع الكثير إن قلت العدائم فسقيها على رب الحائط، وإن كانت أكثر الحائط فسقي كل الحائط على العامل، وإن تناصف ذلك أو تشابه فسقي العدائم على العامل وحدها، وعلى رب الحائط سقي ما عداها مما جذ، ولا خلاف في الصنف الواحد يتعجل جذاذ بعضه وباقيه متتابع أنه يلزمه سقي جميع الحائط حتى يجذ جميعه.

العُتْبِيّ عن سَحنون: إن ترك العامل بعض العمل من عمل ما شرط عليه من عمل قوم جميعه وقوم ما ترك فيقدر قيمته من قيمة كل عمله ينقص من حظه، فلم يحك ابن رُشْد فيه خلافًا.

وقال ابن حارث: اتفقوا في المساقي يترك من سقي الحائط أقلادًا أنه لا يؤخذ منه لذلك دنانير ولا دراهم، واختلفوا فيما يجب عليه، فقال ابن عبدوس: روى أشهب أنه لا شيء عليه.

وقال ابن نافع: يحط من حظه بقدر ذلك، فأنكر سَحنون رواية أشهب، وصوب قول ابن نافع، وقال: كنت أقوله قبل سماعه.

فيها: لا بأس بمساقاة الشجر البعل؛ لأنها تحتاج لمؤنة وعمل كشجر إفريقيَّة والشام، قيل: فزرع البعل.

قال: إن احتاج إلى ما يحتاجه البعل من المؤنة وبخلاف هلاكه إن ترك جازت مساقاته، وإن لم تكن فيه مؤنة إلا حفظه وحصاده ودراسه لم تجز مساقاته، وصارت إجارة فاسدة، ومثله سماع أَصْبَغ ابن القاسم.

وسمع ابن القاسم: من ساقى حائطه فجاءه الله بماء أقام به حينًا لم يحاسب العامل بشيء من ذلك.

ابن رُشْد: اتفاقًا؛ لأنه سنة من مساقاته ﷺ أهل خيبر بخلاف الإجارة، لو استأجره على سقاء حائطه زمن السقي وهو معلوم عند أهل المعرفة فجاء ماء السماء الحائط أقام به حينًا لحط من إجارته بقدر مقام الماء فيه.

وفيها: لمن سوقي في زرع أو أصل مساقاة غيره في مثل أمانته، فإن ساقى غير

أمين ضمن.

اللخمي: للعامل أن يساقي غيره وإن لم يعجز؛ لأن عمله في الذمة يجوز دفعه لأمين، وإن لم يكن مثله في الأمانة.

وسمع ابن القاسم: له أن يساقي من شاء على النصف أو الثلث.

ابن رُشْد: إن ساقى أمينًا مثله في الأمانة جاز اتفاقًا، وإن كان أمينًا دونه في الأمانة أو غير مأمون إلا أنه مثله في غير الأمانة، فيتخرج على ما تقدم في سماع عيسى من كتاب الشفعة.

قُلتُ: قال فيه من اشترى شقصًا بثمن لأجل، لشفيعه فيه الشفعة إن كان مليًا دون المشتري في الملاء بغير حميل يلزمه، قاله محمد، وقال أشهب: ليس له ذلك إلا بحميل مثل المشتري في الملاء.

وقال ابن عبد السلام: في قول ابن الحاجب له أن يساقي أمينا غيره، ظاهره أنه لا يحتاج إلى تساويهما في الأمانة، فإن أراد هذا فهو خلاف المدَوَّنة، ومقتضى النظر؛ لأن المطلوب كون الثاني مساويًا للأول في الأمانة والقوة على العمل.

فإن قلت: قوله في المدَوَّنة: إن ساقى غير أمين ضمن، يدل على أنه لا يلزم مساواته في الأمانة كما اختار اللخمي.

قُلتُ: لا دلالة في ذلك إنما جرى لفظه على عادته وعادة المتقدمين في التمثيل بالجلي، ومثل قوله هنا قوله في الرواحل: من اكترى دابة ليركبها فحمل مكانه مثله في الخفة والأمانة لم يضمن، وإن أكراها ممن هو أثقل منه أو من غير مأمون ضمن، وله في الإجارة مثل ما قلناه: من اكترى دابة لركوبه كره كراؤها من غيره كان مثله أو أخف، فإن أكراها لم أفسخه وإن تلفت لم يضمن، وإن أكراها في مثل ما اكتراها فيه من مثله في حاله وأمانته وخفته.

قُلتُ: أول لفظها في المساقاة يدل على شرط المساواة، وآخره يدل على الانتفاء بمطلق الأمانة، فكان بعض من لقيناه يحمل لفظها في مثل هذا على أحد القولين منه إذا كانا منصوصين خارجها، وكان بعضهم يجعل آخر الكلام مفسرًا لأوله وقاضيًا عليه

وأخذه من مسألة كتاب الإجارة، قد يرد بأن الركوب الأصل تعيينه في الراكب، ولذا كره له كراؤها لغيره، والعمل في المساقي غير متعين ضرورة أنه في الذمة.

وفيها: لا يجوز أن يربح في المساقاة إلا ثمرًا كأخذه على النصف ويعطى على الثلثين فيربح على السدس، أو يربح عليه.

عياض: هذا خلاف مذهب مالك، ومالك لا يجيز هذا.

قال بعض شُيُوخنا: لأنه إن كان زاده السدس من الحائط فقد باع ذلك على ربه بغير إذنه، وإن شرط ذلك في ذمته كانت مساقاته على جزأين؛ جزء من الحائط وجزء في ذمته وذلك فاسد، وقال غيره: معنى المسألة أن المساقي الثاني لم يعلم أن الأول أخذه على النصف ولو علمه لم يجز، وكان للعامل الثاني أجر عمله.

قُلتُ: يجاب عن اعتراضه بلزوم أحد الأمرين إما بيع ثمر الغير دون إذنه أو المساقاة بثمن من غير ثمر الحائط بعدم لزومه في كل صورة، وإذا تبين عدم لزومه في صورة صح لفظ المدَوَّنة لصدقه في تلك الصورة، وبيان عدم لزوم أحد الأمرين في بعض الصور هي صورة من أخذ حائطًا مساقاة من أبيه على النصف، ثم مات أبوه وورثه مع أخ له، ثم ساقى فيه غيره على الثلثين، فإن هذه الصورة ليس فيها بيع ثمن غيره بغير إذنه؛ لأن السدس الذي ربح عليه العامل يعطيه من الربع الذي ورثه من الثمرة عن أبيه، وليس فيها أيضًا المساقاة على جزء في ذمته من غير الحائط.

الصقلي: روى محمد إن أخذه على النصف ودفعه على الثلثين إلى غيره، وربه عالم بذلك كله فربه أولى بنصف الثمرة، ويرجع الثاني على الأول بما بقي، وكذا في العتبيَّة لمالك.

قُلتُ: هو في سماع ابن القاسم.

ابن رُشْد: قوله: (وعلم رب الحائط) معناه: علم ولم ينكر فلم ير عليه حجة في سكوته، ومثله في الموازيَّة وهو عندي على أن السكوت ليس إذنًا، وهو أحد قولي ابن القاسم، وعلى أنه كالإذن، فالثاني أحق بثلثي الثمرة ويرجع رب الحائط على من ساقاه بمثل سدس الثمرة.

وقوله في المدَوَّنة: وهذا السماع إذا كان الأول أحق بنصف الثمرة يرجع المساقى الثاني على الأول بما بقي له كلام وقع على غير تحصيل؛ لأن الواجب أن يرجع عليه بقدر ما أخذ رب الحائط من الثمرة في قيمة غلته؛ لأن الثمرة إجارة له في عمله فلما استحق بعضها وجب أن يرجع بذلك الجزء من قيمة عمله، ويلزم على القياس هذا إن علم المساقي الثاني أن الأول على النصف أن تفسد مساقاته؛ لأنه دخل على أن له بعمله نصف الثمرة وقيمة ربع عمله، وذلك لا يجوز، وحمل بعض أهل النظر قوله على ظاهره أنه يرجع عليه بمثل سدس الثمرة وأن المساقاة لا تجوز؛ لأنه ساقاه على نصف ثمرة الحائط، وعلى مثل سدس ثمرته يدفعها له من حائط آخر.

قُلتُ: ما أشار إليه من التعقب في قوله كلام على غير تحصيل سبقه به التونسي هنا.

وقال اللخمي في ترجمة العامل: يشارك بالقراض لو أخذ حائطًا مساقاة على النصف ثم دفعه لغيره على الثلث فالسدس للعامل الأول، وإن أخذه الثاني على الثلثين له لم يجز، فإن فات بالعمل فاختلف بماذا يرجع العامل الثاني، فظاهر المدَوَّنة أنه يرجع على من دفعه إليه بسدس الثمرة لما في المساقاة من التوسعة من الغرر وغيره بخلاف البيع، فأشبه كونها صداقًا وكتابة، وقياس البيع رجوعه بربع الإجارة كمن اشترى ثمرة فعمل فاستحق بعضها يرجع بقيمة ما ينوبها وهو ربع الإجارة، ولو كانت المساقاة على غير العامل وأخذه على النصف ودفعه على الثلث كان لرب الحائط الثلثان، ولا شيء للعامل كالقراض.

قُلتُ: كذا وجدته في غير نسخة وهو مشكل؛ لأن حكم المساقاة أن العمل في ذمة العامل، فشرط كونه في ذمته يوجب الفساد، فإن جعل تصرفه في الحائط بإعطائه مساقاة لغيره فوتًا وجب له مساقاة مثله أو أجر مثله، فكان ذلك كالجزء الواجب له بالحكم، وإن جعل تصرفه لغوًا كان عقده مساقاة غيره كعقد فضولي، فيخير ربه في إمضائه ورده، فيكون للعامل الثاني أجر مثله.

وفيها: إن عجز العامل وقد حل بيع الثمرة لم يجز أن يساقي غيره، واستأجر من يعمل ولو ببيع حظه، وما فضل من ثمنه له، وما نقص فعليه إلا أن يرضى رب الحائط

أخذه، ويعفيه من العمل فذلك له.

اللخمي: قال سَحنون: إن عجز رد إلى ربه كعجزه قبل بدو صلاحه، والمساقاة أولها لازم وآخرها إن عجز كالجعل يرد لربه ولا شيء له، والأول أبين؛ لأن عقد المساقاة لازم قبل العمل فيباع فيه ماله فمن حق رب الحائط بيع حظه من الثمرة لذلك، وأرى أن رب الحائط بالخيار بين بيع حظ العامل بالنقد، ويستأجر بثمنه كما قال ابن القاسم، أو يباع بثمن مؤجل إلى اليبس أو الجداد، ويستأجر أجيرًا بأجرة مؤجلة إلى ذلك أو تباع ممن يعمل بذلك الجذ على وجه الإجارة، فإن كان التمر لا يوفى ولم يرض رب الحائط بالسلف رد الحائط إليه، ويختلف هل يكون له عن ذلك العمل عوض أم لا؟

وفيها: إن عجز عن السقي قيل له: ساق من شئت أمينًا، فإن لم يجد أسلم الحائط لربه ولا شيء له ولا عليه.

الصقلي: إن قال ربه استأجر من يتم عمله، وأعطيه حظه من الثمرة فما فضل فهو له، وما نقص أتبعته به إن بغى أن يكون له ذلك كقول ابن القاسم في المتزارعين: يعجز أحدهما بعد العمل وقبل طيب الزرع.

التونسي: لم يعد هذا سلفًا جر نفعًا للضرورة التي دعت لذلك.

اللخمي: إن أخذه على النصف وعجز ولم يجد من يساقيه إلا بالثلثين، أو لم يجد من يأخذه إلا بوجه الإجارة فربه بالخيار بين أن يساقيه بذلك، ويخسر السدس أو يسلفه للإجارة عليه.

وفيها: للعامل مساقاة رب الحائط حائطه كالأجنبي.

اللخمي: إن كان على مثل الجزء الأول جاز ولو بعد العمل، ولو أخذه على النصف ورده على الثلث وربح سدسًا جاز قبل العمل، وفي جوازه بعد العمل قولان لها، ولسماع أشهب قائلًا ولتهمتهما أنهما عملا على أن يسقي شهرًا، ثم يعيده قبل طيبه ويأخذ جزءًا بعد الطيب.

ابن رُشْد: خروج العامل من الحائط لربه أو لمبتاع الحائط منه على شيء يعطاه لا

يجوز اتفاقًا، فإن وقع وفات بالعمل رد فيها عمل لأجر مثله، وخروجه بعد عمله على جزء مسمى، علل أشهب منعه بالتهمة حماية الذريعة فلا حرج عليهما إذا فعلاه لأمر بدا لهما دون دولسته، وعلى تعليل أشهب إن وقع رد لإجارة مثله، وأجازه في سماع أَصْبَغ.

ابن القاسم: وخروجه قبل العمل على جزء مسمى جائز اتفاقًا على قول مالك أن عقد المساقاة لازم، وعلى قول من يراه غير لازم.

اللخمي: إن انقضى العام الأول جازت الإقالة إن لم يعمل من الثاني، ويختلف إن عمل من الثاني، ثم أقاله بجزء موافق أو مخالف على سماع أشهب لا يجوز إلا قبل العمل من العام الثاني، وجزء موافق للأول؛ لأنهما بعد العمل يتهمان أن يكونا عملا من الأول على أن يعمل عامًا وبعض آخر بثمرة عام وذلك زيادة من العمل، ويتهمان في الجزء المخالف على أنهما عملا على أن يسقى عامًا وبعض آخر ليأخذ من ثمرة الأول النصف ومن ثمرة الثاني الثلث، وقال محمد: إن أخذه على النصف ورده على الثلثين لرب الحائط فلا بأس إذا كانت الزيادة من الحائط بعينه، وهذا وهم لا يصح أن تكون الزيادة من الحائط؛ لأن لرب الحائط نصف الثمرة فكيف يزيده من نصيبه.

الصقلي عن ابن حبيب: إن تتاركا بجعل أخذه رب الحائط من العامل من غير الثمرة فعثر عليه قبل الجذ، رد الجعل ورجع العامل لمساقاته وغرم لرب الحائط أجر ما عمل بعد رده، وكذا إن عثر عليه بعد الجذاذ للعامل بنصف الثمرة، ويؤدي قيمة ما عمل بعد رده ويأخذ ما كان أداه.

قال بعض القرويين: رد الثمرة للعامل ورب الحائط ابتاعها منه بما يأتي به من العمل بدل ما لزم العامل من العمل، وما أخذ منه من الجعل، وهو شراء فاسد قد تغيرت الثمرة فيه، وهي في أصول البائع فلم يجعل رب الحائط قابضًا لها لذلك.

وفي الموازيَّة: إن اشترى الثمرة على البقاء قبل زهوها، ثم اشترى الأصول فأزهت الثمرة بعد شراء الأصول فعليه قيمة الثمرة يوم شراء الأصول؛ لأنه كالقابض لها يوم شراء الأصول فصارت في ضمانه.

الصقلي: هذا هو الصواب ليس كمبتاع ثمر قبل زهوه على البقاء في أصول بائعه، محمد: إن أخذ رجلان حائطًا مساقاة فسلمه أحدهما لصاحبه بجزء من الثمرة جاز، وكذا لو كان ملكًا لهما، ولو أخذ حائطين مساقاة أو كانا ملكًا لهما فأخرج أحدهما الآخر على جزء من ثمرة أحدهما لم يجز، وكذا من أخذ حائطين لم يجز بجزء من أحدهما وبجزء منهما جائز.

وروى أشهب وابن وَهْب: إن أخذا ثلاث حوائط فأخرج أحدهما الآخر من حائطين بالسقاء نفسه، ومن الثالث بربح عشر ثمرته لم يجز.

وفيها: إن فلس رب الحائط لم تنفسخ المساقاة ولو لم يكن عمل، ويباع الحائط على أنه مساقى فيه، فقيل: لم أجزته ولو باع رجل حائطه واستثنى ثمرته لم يجز؟

قال: هذا وجه الشأن فيه، وقد قال غيره: لا يجوز البيع ويكون موقوفًا إلا أن يرضى العامل بتركها.

وسمع أشهب في كتاب الهبات: لا يصلح إن وهب ثمر حائطه بيع حائطه قبل أن تؤبر ثمرته.

ابن رُشْد: مثله سمع يحيى ابن القاسم لا في فلس رب الحائط كقولها في المساقاة: لا فرق بين كل ثمر الحائط وبعضه، وروى أشهب إجازة بعضه بيعه في المساقاة ولم يذكر تفليسًا ولا غيره ففي منعه مطلقًا أو إجازته، ثالثها: في غير الفلس لغير ابن القاسم فيها ورواية أشهب؛ لأن ما استثنى إنما هو لغير البائع، ولابن القاسم في مساقاتها مع سماعه يحيى في الهبة، ولابن عبدوس رجع سَحنون عن اختياره قول غير ابن القاسم إلى قوله قائلا: أصحابنا يجيزون في البيع للضرورة ما يمنع في غيرها، والذي أقوله الجواز مطلقًا؛ لأن استثناء ثمرته قبل الإبار إنما لم يجز على قياس أن المستثنى مشترى؛ لأنه يصير رب الحائط باعه بالثمن والثمرة المستثناة، وهذا لا يتصور في وجوب الثمرة قبل بيع الحائط لغير ربه.

اللخمي: إن كان السقاء لعام واحد والثمرة مزهية جاز بيع الأصل اتفاقًا، ثم إن كان بيع حظ رب الحائط منفردًا أثمن بيع وإلا بيع مع الأصل، وإن أبرت الثمرة جاز

بيع الأصل اتفاقًا.

وفي إدخال حظ رب الحائط مع الأصل قولا ابن القاسم وغيره، وقول ابن القاسم أحسن؛ لأن حظ العامل منها ليس بمستثنى لتقدم بيعه بوجه جائز، وإنما الاستثناء فيما بقي على ملك البائع قادرًا على بيعه، ويجوز على قول أشهب؛ لأنه مخير أن يستثني نصف الثمرة دون مساقاة، ولو أحب المفلس تأخير بيع الثمرة لطيبها وطلب الغرماء تعجيله فالقول قولهم، وإن كانت الثمرة غير مأبورة فالخلاف في بيع الرقاب على قولي ابن القاسم وغيره، وكذا إن كانت المساقاة سنتين أو أربعًا.

الصقلي: وتقدم لمحمد إنما يجوز بيعه إن أبرت الثمرة وإلا لم يجز إلا أن يشترط أن لا يقبضها إلا بعد الطيب وأخذ العامل حظه.

وفي أكرية الدور والأرضين منها لمن أخذ نخلًا مساقاة فغار ماؤها بعد أن ساقى أن ينفق فيها بقدر حظ رب الأرض من الثمرة لسنته تلك لا أكثر، ومثله سمع ابن القاسم.

ابن رُشْد: ظاهره أن ما زادت النفقة على رب الحائط لا يلزمه، ومثله في رهونها خلاف سماع سَحنون لزوم الراهن إصلاحها ويلزم ذلك في المساقاة، فإن لم يكن لرب الحائط غيره بيع منه بما يصلحها لئلا يذهب عمل العامل.

وفيها: إن ساقيت رجلًا فإذا هو سارق مبرح أخاف أن يذهب بثمرة الحائط أو يقطع جذوعه.

قال: لم أسمع منه فيه شيئًا، ومساقاته لازمة ويتحفظ منه، كقول مالك فيمن باع سلعة إلى أجل من رجل جهل البائع أنه مفلس أن بيعه لازم.

اللخمي: في هذا نظر؛ لأنه عيب ولا يقدر على التحفظ على السارق ويخفي ما يسرق منه، ولرب الحائط أن يساقي عليه أو يستأجر عليه بالعين يعمل بما هو أحسن له، وللعامل ولمن باع من مفلس وهو لا يعلم رد بيعه، ولو كان المشتري مشكوكًا في يساره بما يشتريه لم يجز البيع إلا بعد معرفته بذمته؛ لأن الثمن إذا بيع من الموسر بخلافه من المعسر، وقد قال مالك: من وكل من يأخذ له سلما فقال المسلم: إن أقر لي وإلا

فأنت ضامن لم يجز؛ لأنه لا يدري على أي الذمتين دخل والصنعة تقدمت.

وفيها: المساقاة تلزم بالعقد ولو لم يعمل إلا أن يتشاركا معا دون شيء يأخذه أحدهما من الآخر، فيجوز وليس ببيع ثمر لم يبد صلاحه إذ للعامل أن يساقي غيره فرب الحائط كأجنبي إذا تركه يأخذ منه المساقاة بغير لفظها، وقول ابن القاسم منعه.

فأجاب بعض الفاسيين بأن ابن القاسم إنما منعها بلفظ مضاد لها كالإجارة ونحوه، وأشار إليه أبو الشَّيخ الحسن.

وفيها: إن اختلفا في المساقاة فالقول قول العامل.

الصقلي: يريد بعد إن عمل فهو على المدعى عليه، وإن لم يعمل تحالفا وتفاسخا على القول أن المساقاة تلزم بالعقد.

اللخمي: إن اختلفا قبل العمل وأتى أحدهما بما يشبه فيختلف هل يكون القول قوله مع يمينه، وتثبت المساقاة أو يتحالفان ويتفاسخان، فعلى ما ذكره أشهب يكون كالقراض إن رضي أحدهما بما قال الآخر، وإلا رد بغير يمين.

قُلتُ: كذا هو في غير نسخة وهو مشكل؛ لأن قوله فعلى ما ذكره أشهب ظاهره أنه أتى به مفسرًا للقولين الذين ذكرهما وهو لزوم قول ذي الشبه أو التحالف، وما ذكره إنما هو عدم لزوم عقد المساقاة ولا دلالة فيه لأحد القولين، ويحتمل أنه إنما أتى بما ذكره أشهب ليثبت به قولًا ثالثًا للقولين المذكورين، ففي كون إتيان أحدهما بما يشبه قبل العمل موجبًا لقبول قول ذي الشبه ولزوم الفسخ بتحالفها، ثالثها دونهما ما لم يتفقا بناء على الترجيح بالشبه مع القيام ولغوه، وكون العقد على العمل.

إن ادعى أحدهما فسادًا فالقول قول مدعي الصحة، وسمع عيسى ابن القاسم إن تعاقدا فقال رب الحائط: إنما ساقيتك الحائط دون دوابه ولا رقيقه تحالفا وتفاسخا.

التونسي: الذي ينبغي أن يحلف مدعي الفساد فقط إن حلف فسخت المساقاة؛ إذ لا فائدة في يمين الآخر للزوم الفسخ حلف أم لا، وإن نكل ذو الفساد حلف مدعي الصحة وقبل قوله.

وانظر لو عمل بعض العمل، ثم قال صاحب الحائط: شرطت إخراج الرقيق هل

يحلف ويخرجهم؛ لأنه لم يقر بأنهم دخلوا قط كمن قيل له: أكريت مني أو بعت مني، وقال الآخر: لم أكر منك ولم أبع منك فالقول قوله.

قُلتُ: الأليق بحال الشَّيخ عدم جعل هذه الصورة محل نظرٍ، بهذا القياس الذي ذكره؛ لأن صورة النزاع القائل فيها لم أفعل هو رب الحائط دعواه فيها فاسدة والقائل في الصورة المقيس عليها لم أفعل دعواه فيها غير فاسدةٍ.

قال: وبعد فوات العمل القول قول مدعي الصحة وفيه نظرٌ؛ لأنه يقول لم أكر منك الدواب فقط، وقد قال فيمن قال: اشتريت منك عشرة أثواب، وقال البائع: بل تسعة فقط أنه يغرم قيمة العاشر، ولا يصدق أنه اشتراه ولو فات لما لم يقر البائع أنه باعه.

قُلتُ: يرد بما تقدم من دعوى الفساد، وسمع ابن القاسم: من ساقى حائطه سنةً أو ثلاثًا، فقال: لما فرغ العامل لم تدفع إلي الثمرة إن كان جذ فلا شيء له.

ابن رُشْد: يريد أن العامل مصدقٌ مع يمينه في دفعه حظ رب الحائط؛ لأنه في أمانته لا في ذمته كالمودع، وهو نص ما الموازيَّة أنه يحلف كان بقرب الجذاذ أو بعده.

قال: وكذا لو جذ بعضا رطبًا والباقي تمرًا، فقال: قبل الجذاذ لم تدفع إلى الرطب ولا ثمنه، هذا المنصوص في المسألة، ولا يبعد دخول الخلاف من مسألة الوكيل على القبض يدعي الدفع لمن وكله، قيل: يقبل قوله قرب أو بعد مع يمينه، وقيل: إن قرب قبل قول موكله مع يمينه أنه ما قبض، وإن بعد كالشهر أو نحوه قبل قول الوكيل مع يمينه، وإن بعد الأمر جدًّا قبل قوله دون يمينٍ، وقيل: إن كان بحضرة ذلك وقربه بالأيام اليسيرة صدق الوكيل مع يمينه، وإن طال صدق دون يمينٍ، وإن مات العامل وقال رب الحائط: إنه لم يقبض حظه من الثمرة، فإن كان بقرب الجذاذ فذلك في ماله له وإن بعد الأمر لم يكن في ماله اتفاقًا.

وفاسدها يفسخ إن لم تفت بالعمل رد الحائط لربه فإن فاتت ففي رده لإجارة مثله أو مساقاة مثله مطلقًا أو في بعضها للأول وبعضها للثاني، رابعها: لمساقاة مثله ما لم تكن أكثر من الجزء الذي شرط عليه إن كان الشرط للمساقى أو أقل إن كان للعامل

لابن رُشْد قائلًا هو الأتي على قول ابن أبي سلمة في القراض، والآتي على قول أَصْبَغ في شرط أحدهما على صاحبه حمل حظه لمنزله مع رواية ابن الماجِشُون وأصله، وقول أشهب في القراض، وقول ابن القاسم وغيره.

قال: وقول ابن القاسم استحسان لا قياس، وأصلها أنها إن خرجت عن حكمها لإجارة فاسدة أو بيع ثمن قبل بدو زهوه بما شرطاه من زيادة خارجة عنها ردت لإجارة المثل، كشرط أحدهما زيادة دنانير أو دراهم أو عرض وما لم يخرجا به عن حكمها، فله فيه مساقاة المثل كحائط على الثلث وآخر على النصف، وهو أصل يأتي عليه مسائل كثيرة لابن حبيب، وغيره والموجود له بسقاء المثل أربع قولها في مساقاة حائط فيه ثمر أطعم، وقولها في شرط العامل عمل رب الحائط، وسماع عيسى في كتاب النكاح عقدها مع البيع صفقة واحدة، وسماعه مساقاته سنة على النصف وسنة أخرى على الثلث، وكذا يلزم مع حائطين أحدهما على الثلث والآخر على النصف، ومثله مساقاة حائط على أن يكفيه مؤنة آخر.

قال: في الذي شرط عليه كفايته أجر مثله، وفي الآخر مساقاة مثله، ومضى لنا عند من أدركنا من الشُيُوخ أن الذي يرد لمساقاة مثله على مذهبه.

هذه المسائل الأربع المنصوصة وما في سواها أجر المثل فتأويلهم هذا عليه قول خامس، والصواب أن ما ذهب إليه ابن حبيب على الأصل الذي ذكرناه مفسرًا لمذهب ابن القاسم: لا خلاف له.

عياض: كل الخلاف في القراض الفاسد جار في المساقاة الفاسدة، والحق ما ذكره ابن رُشْد أنه يلزم إذا شرط العامل دابة أو غلامًا ليس في الحائط وهو يكفيه لصغره.

اللخمي: إن قال ثمر هذا الحائط بيننا وثمر هذا الحائط لي أو لك لم يجز، وللعامل أجر مثله فيما شرطا ثمرته لأحدهما، فإن شرطاها لرب الحائط فله أجره وإن جاوز الثمرة، وإن شرطاها للعامل فله أجره ما لم يجاوزا الثمرة، ويختلف في الذي شرطا ثمرته بينهما هل يكون فيه أجيرًا أو على مساقاة مثله، وأرى للعامل الأقل من المسمى أو مساقاة المثل إن شرط المنفرد لصاحب الحائط وإن شرطاه للعامل فله الأكثر، ولابن

حبيب إن ساقاه على أن البرني بينهما وما سواه لرب الحائط فهو في البرني على مساقاة المثل، وفي الآخر أجير وإن كان ما سواه للعامل فهو أجير في الجميع؛ لأن الزيادة إن كانت لرب الحائط أخف؛ لأنه يعود لتقليل جزء الثاني، وإن كانت الزيادة للعامل كان أجيرًا؛ لأنه شرط أن تكون الزيادة من غير الحائط.

قُلتُ: في قوله: لأنه شرط أن تكون الزيادة من غير الحائط نظرًا لوضوح كونها منه إلا أن يقصر مسمى الحائط على ما لرب الحائط حظ منه فتأمله.

قال: وأرى فيما يرد فيه لمساقاة المثل إن كان المثل فيه أكثر من المسمى أن يرد في كل عمله لأجر مثله؛ لأنه إن أعطى ما زاد على المسمى كان قد بيع على رب الحائط من الثمرة ما لم يبعه، وإن قصر العامل على المسمى ظلم إلا أن يرضى بالمسمى، وإسقاط ما زاد عليه أو يرضى رب الحائط بدفع الزائد ثمره أو يكون الزائد يسيرًا.

ثم قال عبد الحق: عن غير واحد من شُيُوخ صقلية ما يرجع فيه لمساقاة المثل أو قراض المثل يفسخ ما لم يعمل، فإن عمل ترك وما يرجع فيه إلى أجر يفسخ ولو عمل، وقاله ابن حبيب.

قُلتُ: ذكره ابن رُشْد غير معزو كأنه المذهب، وكذا عياض مقيدًا الفوت بعمل له.

قال: وعلله اللخمي بأن مساقاة المثل العوض فيها من الثمرة، فلو فسخت ذهب عمله باطلًا، وفي الإجارة العوض في الذمة لا يذهب بالفسخ عمله باطلًا.

عبد الحق عن بعض شُيُوخ صقلية: ما فيه مساقاة المثل، فالعامل أحق بالثمرة من الغرماء في الموت والفلس، وكذا ما يرجع فيه لقراض المثل في القراض؛ يريد: وما يرجع فيه لأجر المثل لا يكون فيه أحق في موت ولا فلس، وفي المساقاة يكون أحق في الفلس لا في الموت.

[كتاب المزارعة]

المزارعة: شركة في الحرث، وبالثاني عبر اللخمي وغيره، وعبر بالأول كثير[1]، وسمع عيسى سئل ابن القاسم عن رجلين اشتركا على مزارعة.

---

(1) قال الرَّصاع: المزارعة: أصلها لغة معلوم وشرعا ردها إلى نوع من الشركة، وقد تقدم حد الشركة وأنها خاصة وعامة، وأنها تدخل في حد الأعمية باعتبار عوض العمل، وفي الأخصية باعتبار العمل، وأشار الشَّيخ: إلى أن التعبير بلفظ المزارعة فيه خلاف، وذلك ظاهر ويظهر في سبب الخلاف ما ورد من النهي «لا يقل أحدكم زرعت وليقل حرثت»، والقرآن يشهد لهذا وفي كونه نسب الحراثة للآدميين والزراعة للخالق.

(فإن قلت): قال ابن رُشْد:: بأن الزراعة اشتملت على حقيقة الشركة وعلى حقيقة الإجارة فكيف قال الشَّيخ: شركة في الحرث، فهلا قال: شركة وإجارة في الحرث كما قاله في المغارسة في قوله جعل وإجارة وذات شركة في الأصل.

(قُلتُ): وإن قلنا فيها الأمران لكن غلب عليها أحدهما فرأى الشَّيخ: أنه غلب عليها حكم الشركة والإجارة تبع لها؛ فلذا قال: شركة في الحرث ويدل على ذلك أن مذهب ابن القاسم أنها لا تلزم بالقول وذلك يدل على تغليب الشركة، وقال سَحنون: تلزم بالقول وذلك يدل على تغليب الإجارة.

(فإن قلت): لئن صح جوابك بهذا، فهلا قال الشَّيخ: على رأي كذا وعلى رأي كذا فيقول شركة على رأي أو إجارة على رأي مراعيا في القولين ما الغالب فيهما.

(قُلتُ): لا يخلو من مسامحة ووقع لابن يونس: أنه قال: أراهم أنهم جعلوا إذا لم يخرج العامل إلا عمل يده أنه أجير، وإن كافأ عمله ما أخرج صاحبه، وإن أخرج العامل شيئًا من المال بقرا، أو شيئًا من زريعة، ولو قل وكافأ ذلك وعمل يده ما أخرج الآخر فإنهما شريكان.

قال: والقياس أنهما سواء ولكن هم أهدى إلى الصواب.

قال الشَّيخ:: تقرير كون ما قالوه هو الصواب إن حقيقة الشركة مباينة لحقيقة الإجارة؛ لأن حقيقة الشركة عدم انفراد أحدهما بإخراج المال والآخر بإخراج العمل، والإجارة على عكس ذلك وحكم الشركة أن فائدتها يجب أن تكون معلومة لمستحقها بطريق نسبة الشيء إليه كالنصف لا بمعرفة القدر وزنا أو عددًا، وحكم الإجارة أن فائدتها يجب أن تكون معلومة لمستحقها بعكس ذلك. انتهى.

وذكرنا هذا لفائدته والنظر فيه مع حده والله سبحانه أعلم وهو سبحانه يوفقنا للفهم عنه بمنه

وروى البزار عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: **«لا يقولن أحدكم زرعت وليقل حرثت»**[1]، وروى مسلم عن جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ قال: **«لا يغرس مسلم غرسًا، ولا يزرع زرعًا، فيأكل منه إنسان، ولا دابة، ولا شيء إلا كانت له صدقة»**[2].

وفي لزومها بالعقد أو الشروع، ثالثها: بالإبذار لابن رُشْد عن سَحنون مع ابن الماجِشُون وابن كنانة وابن القاسم في كتاب ابن سَحنون وابن كنانة في المبسوطة، وبه جرت الفتوى بقرطبة، وهو على قياس رواية علي في لزوم الجعل بالشروع، وقول ابن القاسم فيها مع سماعه أَصْبَغ، ولم يحك ابن حارث عن ابن القاسم غير الأول، وقال: اتفقوا على انعقادها بابتداء العمل.

وفيها: اختلف عن مالك في الشركة في الحرث فروى بعض الرواة لا تجوز حتى يشتركا في رقاب الدواب والآلة، ليضمنا ما هلك، وروى غيرهم إن ساوى كراء ما يخرج هذا كراء ما يخرج الآخر جاز بعد اعتدالها في الزريعة.

قال ابن الحاجب: والمشهور جوازها وإن لم يشتركا في الدواب والآلة.

قال ابن عبد السلام: قوله ولئن لم يشتركا كذا هو في النسخ بالواو، والصواب حذفها؛ لأن إثباتها يوجب كون الخلاف مع كون الشركة في الآلة وليس كذلك.

قُلتُ: إثباتها يوجب كون الخلاف مع كون الشركة في الآلة.

يرد بأنه إنما يلزم ما ذكره إن جعلنا الواو عاطفة، وذلك غير متعين لجواز كونها واو الحال، وإذا كانت للحال فما ذكر غير لازم، وهذا؛ لأن خبر المبتدأ وهو قوله المشهور هو قوله جوازها، فإذا كانت الواو للحال كان جوازها خبرًا من حيث كونه مقيدًا بما جعل حالًا له لا مطلقًا؛ لأن الحال تفيد تقييد ذي الحال عن مطلق أحواله بها،

---

(1) أخرجه ابن حبان: رقم (5723) كتاب الحظر والإباحة باب ما يكره من الكلام وما لا يكره، والبيهقي: رقم (11532) كتاب المزارعة باب ما يستحب من حفظ المنطق في الزرع.

(2) أخرجه مسلم رقم (1552) في المساقاة، باب فضل الغرس والزرع.

كما أن الشرط يفيد تقييد مشروطه به ضرورة أن مدلول قولنا زيد ساكن، وقولنا: زيد ساكن قائمًا متغايران الثاني في قوة قولنا زيد ساكن إن كان قائمًا فمدلول الخبر مقرونًا بواو الحال كمدلوله دونها مقرونًا بالشرط فتأمله.

واحتمال كون الواو للعطف أو للحال في لفظه أو قريب من احتماله في الواو في قوله تعالى: ﴿يَغْشَىٰ طَآئِفَةً مِّنكُمْ وَطَآئِفَةٌ قَدْ أَهَمَّتْهُمْ أَنفُسُهُمْ﴾ [آل عمران: 154] وجوابنا قريب من جواب سيبويه عن السؤال الوارد في الآية الكريمة، وهو كونها للعطف يوجب ترجيح نصب طائفة على الاشتغال؛ لأنها حينئذ معطوفة على جملة فعلية، فأجاب سيبويه بمنع كون الواو للعطف وجعلها للحال، وجعل ابن الحاجب الرواية الثانية هي المشهور، وما وقفت على ذلك لغيره وجلهم يذكر الروايتين فقط؛ بل ظاهر قول المتيطي: سنتها التساوي في الأرض والبذر والبقروالأداة، وكل العمل حتى يصير ما هلك من ذلك في ضمانهما، أن المعتبر من الروايتين أولاهما خلاف جعلها شاذة، والصواب قول ابن الحاجب أن الأول هي رواية ابن غانم، والثانية رواية ابن القاسم، ومعلوم أنها هي المشهور.

عياض: وجوهها ثلاث إن اشتركا في الأرض والآلة والعمل والزريعة جاز اتفاقا، وإن اختص أحدهما بالبذر من عنده والآخر بأرض لها قيمة واشتركا في غيرهما تساويا أو تفاوتا فسدت اتفاقًا لاشتمالها على كراء الأرض بها يخرج منها إلا على قول الداودي والأصيلي ويحيى بن يحيى في جواز كرائها بالجزء على مذهب الليث في الوجهين، وكلاهما خلاف مذهب مالك وأصحابه، وما عدا هذين الوجهين مختلف فيه.

قُلتُ: فقول ابن حارث اتفقوا إن كانت الأرض من عند أحدهما، والبذر من عند الآخر أن الشركة فاسدة بكل حال خلاف نقل عياض.

وفيها: إن أخرج أحدهما البذر والآخر الأرض وتكافئا فيها وفيما سواهما من العمل فلا خير فيه عند مالك؛ لأنه كراء الأرض بطعام، ولو اكتريا الأرض جميعًا من

رجل وأخرج أحدهما البذر والآخر البقر والعمل وقيمة البذر وما يقابله سواء جاز؛ لأنهما سلما من كراء الأرض بالطعام، وكون الطعام في مقابلة شيء من الأرض مانع ولو قل.

الصقلي عن سَحنون وابن حبيب: إن أخرج أحدهما الأرض وثلثي البذر والآخر ثلثه والعمل والزرع بينهما بالسوية جاز، ولو كان على العامل ثلثا الزريعة، وعلى رب الأرض ثلثها، والزرع بالسوية لم يجز، ولو أخرج أحدهما ثلثي الأرض وثلث البذر والآخر ثلث الأرض وثلثي البذر والعمل والزرع بالسوية لم يجز.

سَحنون: لأنه أكرى سدس أرضه بسدس بذر صاحبه.

وفي لغو أرض لا خطب لها قابلها شيء من البذر خلاف الصقلي لابن سَحنون في باب آخر إن أخرج أحدهما الأرض والآخر البذر لم يجز إلا أن تكون أرضا لا كراء لها وتساويا فيما سواها أخرج أحدهما الأرض والآخر البذر وهما سواء فيجوز، وأنكره ابن عبدوس قائلا إنما ألقاها مالك حيث كونها زائدة غير مقابلة لبذر، وهذا الصواب وعزا اللخمي الأول لمالك وابن القاسم وسَحنون قال: وقول ابن عبدوس أقيس إن كانت تكرى بقليل، وإن كانت تمنح عادة جاز.

وفي شرطها باعتدالهما فيما يخرجانه فيها إلا ما قدر لكرائه ولغوه ولو تفاحش في قيمة كراء ما يخرجانه لا بخارج عنه، ثالثها: ما لم يتفاحش مما لا يتغابن بمثله في البيوع لنصها مع تخريج ابن رُشْد على لزومها بالعقد، ولسَحنون وابن حبيب، ورابعها قول ابن رُشْد: القياس على القول بتغليب الإجارة عليها ولزومها بالعقد جواز التفاضل بكل حال، وعزا ابن حارث لعيسى بن دينار مثل قول سَحنون.

ابن الحاجب، ويشترط أن يكون ما يقابل الأرض معادلا لكرائها على المنصوص، وقيل: إلا ما لا خطب له.

ابن عبد السلام: لفظة وقيل بإثر قوله المنصوص لم تثبت في كل النسخ وإثباتها يوجب مقابلة المنصوص بالمنصوص، وتقدم العذر عنه.

قُلتُ: ثبوتها هو الذي رأيت فيما وقفت عليه من نسخة، ومن جملتها ما هو مقابل

مصحح بنسخة قاضي الدين الإبياري.

وقوله: يوجب مقابلة المنصوص بالمنصوص فيه نظر؛ لأنه إنما يلزم ذلك إذا حمل قوله على أنه إنما ذكر قولين فقط، ويحتمل عندي أن الأقوال عنده ثلاث، ثالثها مقابل المنصوص وهو عدم اعتبار المعادلة مطلقا، وقد تقدم ذكره.

ابن رُشْد: مخرجا على القول بتغليب الإجارة ولزوم العقد.

ولفظ ابن الحاجب هذا يقتضي أن الخلاف في التعادل إنما هو في مقابل كراء الأرض لا في غيره مما يخرجه المتزارعان، ونصوص المذهب عامة في ذلك، وهو ظاهر قوله بعد هذا.

الصقلي عن ابن سَحنون عنه: إن اعتدلا في البذر والأرض وتفاضلا في العمل تفاضلا يسيرًا جازت كقول مالك بلغو الأرض التي لا كراء لها، وقال أيضًا: قول مالك وغيره من أصحابنا لا تجوز إلا باعتدال ذلك صواب؛ لأن سنتها التساوي إن خرجت عن حد ما أرخص فيه صارت إجارة فاسدة، إنما التفاضل الذي يرجع فيه بعضهم على بعض بكرائه الفضل بشيء منفرد لا عوض للآخر فيه، أما في الأعراض فلا؛ لأن رب العوض الأقل ما أكرى نصفه إلا بنصف الآخر.

ابن حبيب: إن تفاضلا فيما أخرجاه فإن كانا عقدًا على الاعتدال جاز ما فضل به أحدهما الآخر طوعًا قل أو كثر إن اعتدلًا في الزريعة.

سَحنون: إن صح العقد جاز أن يتفاضلا، ولم يفرق بين زريعة وغيرها، وكذا لو أسلف أحدهما الآخر بعد صحة العقد من غير وأيٍ ولا عادة.

الشَّيخ: يريد: سَحنون: لأن الشركة لا تلزم بالعقد.

وفيها: لا تصح شركة الزرع إلا أن يخرجا البذر نصفين، ويتساويا في قيمة كراء ما يخرجانه في إخراج أحدهما الأرض، والآخر البقل والعمل عليهما أو على أحدهما إن تساويا فيما سوى ذلك، ولو اكتريا أرضًا جاز أن يخرج أحدهما البذر كله والآخر البقر، والعمل عليها أو على أحدهما إن تساويا وكراء ذلك، وقيمة البذر سواء.

سَحنون: منعه بن دينار وخالف مالكًا، وجعله كذهب وعرض بذهب.

سَحنون: وهذا جائز بخلاف المراطلة، وهي في النوادر من كتاب ابن سَحنون، اكتريا الأرض أو كانت لهما.

زاد اللخمي في تقرير كلام ابن دينار: وبناه على قول مالك في منع كراء الأرض ممن يزرعها بعسل أو سمن وجعله طعامًا بطعام؛ إذ جعل ما أخرجت الأرض كأن ربها باعه، وإن كانت الزريعة من المكتري، فكذا تصير الشركة بما أخرجته الأرض يكون طعامًا بطعام، وعرض أخرج أحدهما بذرًا، وما أخرجته أرضه، والآخر العمل وما أخرجته أرضه، والآخر العمل، وعليه لا تجوز الشركة إن كان البذر بينهما والأرض لأحدهما؛ لأنه طعام وأرض بطعام وعمل.

قُلتُ: يرد قول ابن دينار بأن كون الشركة رخصة توجب أن يغتفر فيها ما لا يغتفر في العزيمة، ألا ترى أنه أجاز في المدَوَّنة أن يشتركا بإخراج كل منهما مد قمح ومد شعير، ومنع ذلك على وجه البيع.

ابن الحاجب: لو كانت الأرض منهما والبذر منهما وتساويا في العمل أو البذر من عند أحدهما، ومقابله عمل يساويه جاز خلافًا لابن دينار، وقيل: يغتفر اليسير فيهما، وقيل: والكثير في الثانية.

ابن عبد السلام: ظاهره أن خلاف ابن دينار في الصورتين وإنما حكاه سَحنون في الثانية، ولا نعلم في الأولى خلافًا منصوصًا.

ثم قال: إن قلت قوله: وقيل: (يغتفر اليسير فيهما) يدل على أن خلاف ابن دينار ليس فيهما وإلا لما صرح بضمير التثنية، وأجاب بأنه إنما صرح به ليتم المقابلة بين هذا القول والذي بعده.

قُلتُ: يرد بإنه إذا كان مقتضى كلامه أن خلاف ابن دينار فيهما كان ذلك كالتصريح بلفظ فيهما فتتم المقابلة بين هذا القول والذي بعده، وهذا القدر كاف في نفي كون كلامه ظاهرًا في أن الخلاف فيهما.

وحاصل نقله في اغتفار التفاوت جوازه في اليسير ونفيه فيه في الصورتين، وثالثها: جوازه في الكثير في الثانية لا أعرفه، بل ما تقدم للصقلي وهو في جوازه في اليسير لا بقيد

ومنعه إلا في قيمة ما أخرج فيها، ثالثها: إن عقدًا على الاعتدال والتفاوت في غير الزريعة لسَحنون، ونقله عن مالك وأصحابه وقول ابن حبيب.

وسمع عيسى ابن القاسم: تفسد بمسامحة أحدهما الآخر بعد العقد فيما يخرجه صاحبه من قمح رديء.

ابن رُشْد: هذا على أنها لا تلزم بالعقد خلاف قوله في رسم الجواب، إن اشتركا على غير سلف ثم سأله السلف فلا بأس بذلك، والشركة حلال إذا كان قيمة العمل مكافئة لقيمة كراء الأرض، فإن كان في ذلك فضل رجع من كان له فضل على صاحبه.

ابن رُشْد: قوله: إن كانت على غير سلف، ثم سأله السلف فلا بأس به خلاف، أصله أن المزارعة لا تلزم بالعقد؛ لأنها إذا كانت لا تلزم بالعقد لم يجز السلف بعد العقد كما لا يجوز في العقد فهو خلاف أصله في أول مسألة.

وقال بعض أهل النظر: قوله هذا يدل على أنها تلزم بالعقد خلاف رواية أَصْبَغ؛ إذ لو لم تلزم بالعقد عنده لما جاز السلف قبل العقد ولا بعده ما لم يعمل كالقراض، ولا دليل في قوله في هذه الرواية على ذلك؛ لأنه ذكر فيها ما يدل على أنها لا تلزم بالعقد، وهو قوله: والشركة حلال إن كان قيمة العمل مكافئة لقيمة كراء الأرض؛ لأن من يراها لازمة بالعقد يجيز التفاضل فيها، ولا يشترط في جوازها التكافؤ فيما يخرجانه، وإنما لم تفسد المزارعة إذا كان السلف بعد العقد، وإن كانت عنده غير لازمة بالعقد مراعاة لقول من يراها لازمة بالعقد، ولعلهما ظنا لزومها بالعقد فبعدت التهمة عنده عنهما، ولو علما عدم لزومها بالعقد؛ لانبغى أن تفسد بالسلف بعد العقد، وقول ابن الحاجب في لغو الأرض التي لا خطب لها أنه جائز على المنصوص.

قال ابن عبد السلام: إن أراد بمقابل المنصوص قول سَحنون لا يعجبني لغو الأرض، ولو لم يكن لها كراء لولا ما قاله مالك لكان غيره أحب إلي فليس بتخريج، ولا صريح في الخلاف.

قُلتُ: لا يلزم من كونه ليس مخرجًا عدم مقابلته المنصوص؛ لاحتمال أنه أراد على المنصوص فيها بخصوصها وهو قولها، ومقابله ما ليس كذلك وهو أعم من المخرج

بمعنى المقيس ومن المذكور باندراجه في عموم كمتقدم عموم نقل سَحنون عن مالك وأصحابه لا تجوز إلا بالاعتدال، وابن القاسم: لا يجعل هذا المندرج منصوصًا عليه حسبما تقدم نقل سَحنون عن مالك واضحًا فيما تطاير من البول قدر رؤوس الإبر.

اللخمي: إن كان البذر من عند صاحب الأرض، والبقر والعمل للآخر فأجازه سَحنون ومنعه محمد وابن حبيب.

قال سَحنون: إن اشركا على ذلك على أن ثلث ما يحصل لرب البذر ولذي العمل ثلثه وللبقر الثلث، والقيم كذلك جاز، ومثله إن كان من عند أحدهما العمل فقط، وقال محمد: فعل هذا هو فاسد، وقول محمد خلاف أصله لقوله: إن سلم المتزارعان من مقابلة الأرض البذر جازت الشركة إذا تساويا.

قُلتُ: ترد مناقضة محمد بأنه إنما قاله في المتزارعين، ولا يصدق هذا اللفظ حقيقة إلا بإتيان كل منهما بزريعة.

قال اللخمي: وقال ابن حبيب: إن نزل فالزرع لرب الأرض والبذر، وللآخر أجر مثله إلا أن يقول تعالَ نتزارع على أن نصف أرضي، ونصف بذري ونصف بقري كراء نصف عملك، فالزرع بينهما كأنه قبض نصف البذر في أجرته وضمنه.

والصواب قول سَحنون: إذا دخلا على وجه الشركة وأن يعملا البذر على أملاكهما، وإن كان على أن يعمل على ملك صاحب البذر، وللآخر ثلث ما يخرج فسدت قولًا واحدًا؛ لأنه أجر نفسه لمجهول.

قُلتُ: قوله: (فسدت قولاً واحدًا) نصًّا في أن المعنى إجازة سَحنون، إنما هي إذا كان على أن يعملا البذر على أملاكهما.

ابن عبد السلام: هذه مسألة الخماس ببلدنا، وقال فيها ابن رُشْد: إن عقداها بلفظ الشركة جاز اتفاقًا وإن كان بلفظ الإجارة لم يجز اتفاقًا، وإن عرا العقد من اللفظين فأجاز ذلك ابن القاسم، ومنعه سَحنون ورأى أنه تحقيق المذهب.

قُلتُ: جواب ابن رُشْد في أسئلته ما نصه: ما تقول في رجلين اشتركًا في الزراعة على أن جعل أحدهما الأرض والبذر والبقر والثاني العمل ويكون الربح للعامل.

فأجاب بما تقدم من التفصيل: وعبر عن صورة السكت بقوله قال له: أدفع إليك أرضي وبذري وبقري وتتولى أنت العمل، وما نقله ابن عبد السلام عنه من أن ابن القاسم أجازها ومنعها سَحنون وهم؛ لأن لفظ ابن رُشْد ما نصه: حمله ابن القاسم على الإجارة فلم يجزه وإليه ذهب ابن حبيب، وحمله سَحنون على الشركة فأجازه، هذا تحصيل المسألة، وكان من أدركنا من الشُيُوخ لا يحصلونها هذا التحصيل، وزعمه أن مسألة عرفنا هي مسألة سَحنون ومحمد فيه نظر من وجوه:

الأول: أن مسألتهما ليس فيها اختصاص رب الأرض والبذر بشيء من غلة الحرث، ومسألة عرفنا بإفريقيَّة في زمنه، وقبله وبعده إنما هي على أن كل التبن لرب الأرض والبذر.

والثاني: أن مسألة سَحنون ومحمد أن المنفرد بالعمل أخرج معه البقر، ومسألة عرفنا لا يأتي العامل فيها إلا بعمل يده فقط، وكونه كذلك يصيره أجيرًا ويمنع كونه شريكًا، ودلالة جواب ابن رُشْد من المسألة التي سئل عنها على خلاف ما قلناه، ونحوه قول اللخمي، ومثله إن كان من عند أحدهما العمل فقط، يرد بما يأتي من أقوال أهل المذهب حسبما يأتي في كلام الصقلي إن شاء الله تعالى.

الثالث: أن ظاهر أقوال أهل المذهب أن شرط الشركة كون العمل فيها مضمونًا لا في عامل عمل معين، ومسألة عرفنا إنما يدخلون فيها على أن العمل معين بنفس العامل.

والحامل على هذا خوف الاغترار بقوله فيعتقد في مسألة عرفنا قول بالصحة، وليس الأمر كذلك فتأمله منصفا.

ولقد أجاد ونصح شيخ شُيُوخنا الشَّيخ الفقيه المحصل أبو عبد الله بن شعيب بن عمر الهنتاتي الهسكوري حيث سئل عن مسألة الخماس في الزرع بجزء مسمى من الزرع، هل يجوز أم لا، وهل ينتهض عذرا في إباحته بعذر من يدخل على غير هذا.

فأجاب بأنها: إجارة فاسدة وليست شركة؛ لأن الشركة تستدعي الاشتراك في الأصول التي هي مستندة الأرباع، وعدم المساعد على ما يجوز من ذلك لا ينهض

عذرًا؛ لأن غلبة الفساد في ذلك وأمثاله هو من إهمال حملة الشريعة ولو تعرضوا لفسخ عقود ذوي الفساد لما استمروا على فسادهم، فإن حاجة الضعيف للقوي أشد، قال الله تعالى: ﴿فَلَنَسْـَٔلَنَّ ٱلَّذِينَ أُرْسِلَ إِلَيْهِمْ وَلَنَسْـَٔلَنَّ ٱلْمُرْسَلِينَ ۝٦ فَلَنَقُصَّنَّ عَلَيْهِم بِعِلْمٍ وَمَا كُنَّا غَآئِبِينَ ۝٧ وَٱلْوَزْنُ يَوْمَئِذٍ ٱلْحَقُّ﴾ [الأعراف: 6-8].

الشَّيخ: لابن سَحنون عنه: إن دفع الأرض أحد الشريكين فيها للآخر يزرعها ببذره وبقره وعمله، والزرع بينهما نصفين لم يجز كأنه أعطاه حظه من الأرض بجزء مما تنبت، وأجازه ابن عبدوس؛ لأنه معين بالعمل متطوع بالبذر.

ابن سَحنون عنه: وإن كان على أن يزرعها ببذر الدافع، والعمل على الآخر وثلث الزرع له والثلثان للدافع، فإن كانت قيمة البذر الثلثين وقيمة العمل الثلث جاز.

الصقلي: يريد قيمة البذر مثلي قيمة العمل.

ابن عبدوس: هذا خطأ؛ لأنه كراء الأرض بالطعام؛ لأن العامل له ثلث الزرع بثلث الأرض، وأكرى سدس الأرض وثلثي العمل بثلث البذر الذي من عند شريكه.

الصقلي: صواب ابن سَحنون عنه، ولو أخرجا البذر بالسوية على زرعه أحدهما ببقره وعمله على أن له الثلثين أو النصف وللآخر ما بقي فسدت؛ لأن الذي ولي العمل وله الثلثان أكرى بقره وعمله بثلث ما أخرجت أرض شريكه، وإن كان ما خرج بينهما نصفين لم يجز إذ لم يعتدلا.

ابن عبدوس: وإن شرط العامل الثلثين جاز، وكان الذي لم يعمل أعطى سدس البذر وسدس الأرض بثلث عمل العامل وذلك جائز، ولو دخل ما قال لكان أن أخرج أحدهما أرضا وبذرا والآخر عملا لم يجز وهو إجازة.

الصقلي عن بعض القرويين: لابن حبيب في هذه المسألة كسَحنون إن قصد أنه أجير بنصف ما يخرج لم يجز، وإن قصد أنه قبض ما استؤجر به من البذر ومنافع الأرض جاز.

ابن سَحنون عنه: من دفع بذرًا لمن قال له: ازرعه لي في أرضك وما خرج لك لم يجز، وما خرج لرب البذر وعليه كراء الأرض، وأجازه ابن عبدوس قال: لأنه معروف

صنفه له، ومالك إنما يراعي ما صح في العاقب وإن أخطأ في اللفظ.

الصقلي: صواب ابن سَحنون عنه لو قال: ابذره في أرضك لك، وما خرج فهو لي فسد، والزرع لرب الأرض كأنه وهبه البذر، ثم استثنى ما خرج منه.

الصقلي: إن بقي التبن للعامل، والحب فقط لرب الأرض فسد، وإن كان التبن وجميع ما خرج لدافع البذر جاز على قول ابن عبدوس؛ لأن مآل أمرهما أن العامل تطوع له بزرعه في أرضه وحصده ودرسه، وقوله: ابذره في أرضك لنفسك لغو.

ابن سَحنون: لو قال رب البذر لم أرد هبته له حلف ورجع عليه بمثله كهبته رمكةً على أن ما نتجت للواهب فقبضها على ذلك النتاج للموهوب له، واستثناء الواهب باطل.

قُلتُ: في هذا التشبيه نظر؛ لأن الرمكة إن كانت للموهوب له، وهي نظير البذر لزم ألا يرجع عليه بمثله، وإن كانت للواهب لزم كون النتاج له؛ لأن الرمكة له مع شرطه ذلك.

قال: وإن أعطيته أرضك وبذرك وبقرك على أن يزرع والزرع بينكما نصفان لم يجز، وهو أجير والزرع لرب البذر، ولو قال: جعلت نصف أرضي وبذري وبقري كراء نصف عملك لم يجز، فإن نزل فالزرع بينهما نصفين، ويترادان الفضل في الأكرية؛ لأن هذا قبض نصف البذر خاصة في إجارته.

الصقلي: انظر ما الفرق بين هذه والتي قبلها، وهل هو إذا أعطاه أرضه وبقره وبذره على أن يتولى الآخر العمل والزرع بينهما نصفين إلا أعطاه أرضه وبقره وبذره بنصف عمله، ولو لم تكن المسألتان جائزتين إذا ساوى عمله كراء الأرض والبقر والبذر، ومالك إنما ينظر للفعل لا للقول، وما الفرق بين ذلك وبين من أخرج الأرض وثلث الزريعة، وأخرج الآخر ثلثي الزريعة والعمل فقد أجازوه إن ساوى عمله كراء الأرض والبقر.

قال بعد هذا: إن أخرج أحدهما الأرض والبذر وأخرج الآخر البقر، والعمل أنه جائز إذا تساوى وهذا مثله.

الصقلي: أراهم أنهم جعلوا إذا لم يخرج العامل إلا عمل يده أنه أجير، وإن كافأ عمله ما أخرج صاحبه، وإن أخرج العامل شيئًا من المال بقرًا أو شيئًا من الزريعة، ولو قل وكافأ ذلك وعمل يده ما أخرج الآخر فإنهما شريكان، والقياس أنهما سواء ولكنهم أهدى إلى الصواب.

قُلتُ: تقرير كون ما قالوه هو الصواب أن حقيقة الشركة مباينة لحقيقة الإجارة؛ لأن حقيقة الشركة عدم انفراد أحدهما بإخراج المال، والآخر بإخراج العمل والإجارة على عكس ذلك، وحكم الشركة أن فائدتها يجب أن تكون معلومة لمستحقها بطريق نسبة بعض الشيء إليه كالنصف لا بمعرفة القدر وزنًا أو عددًا كعشرة دنانير ونحوها، وحكم الإجارة أن فائدتها يجب أن تكون معلومة لمستحقها بعكس ذلك.

والمزارعة قال ابن رُشْد: هي شركة وإجارة من غلب عليها الشركة لم يجعلها لازمة بالعقد، ومن غلب عليها الإجارة جعلها لازمة به.

إذا تقرر هذا فكلما لم ينفرد أحدهما في المزارعة بإخراج مال كان شبهها بالشركة ثابتًا ضرورة لاشتمالها على خاصية الشركة، وكلما انفرد أحدهما بإخراج المال والآخر بالعمل بطل كونها مزارعة؛ لانتفاء لازمها حينئذ، وهو اشتمالها على خاصية الشركة وصارت محض إجارة لمماثلتها حينئذ إياها فيجب كونها فاسدة؛ لأن حكم الإجارة وجوب كون فائدتها معلومة القدر وزنا أو عددًا، وسمع عيسى ابن القاسم: إن اشتركا على غير سلف، ثم سأله سلف الزريعة فأسلفه فلا بأس، والشركة حلال إن كافأ قيمة العمل كراء الأرض.

ابن رُشْد: هذا على أنها تلزم بالعقد وتقدم ما فيه.

وعليها مؤونة الزرع قبل تمام يبسه.

وفي كون الحصاد والدرس منه وعدمه فلا يجوز شرطه نقلا الصقلي عن ابن القاسم وسَحنون قائلا: إذ لا يدري كيف يتم ولا كيف يكون وصوبه.

قال: لأنه يقل ويكثر، وكذا شرط النقاء والبذر إن كان منهما ففي شرطها بخلطه قولا سَحنون وعيسى عن ابن القاسم.

سَحنون: جمعه في بيت أو حمله جميعا للفدان زريعة كل واحد في طرفه زرعا واحدة ثم الأخرى كخلطهما.

ابن سَحنون: لو لم يحملا بذرهما معا للفدان بل زرع كل بذره في ناحية على الشركة، فلا شركة بينهما ولكل ما نبت بذره ويتراجعان في فضل الأكرية.

وقال بعض القرويين: هي عند ابن القاسم صحيحة، فلو عطل بذر أحدهما فالنابت بينهما، ولو كان ذو العاطل غارًا وعليه نصف النابت والعاطل منهما إن لم يغر به مخرجه، وإلا فهو منه ويأتي بقدره إن بقي الإبان يزرعه في ذلك القليب، وإن لم يغر والإبان باق أخلفاه إن أحب.

ابن عبد السلام: سكت في الرواية عن رجوع المغرور على الغار بقيمة نصف العمل فيما لم ينبت إن كان العمل على المغرور، وينبغي أن يكون له الرجوع عليه بذلك؛ لأنه غرور بالفعل.

قُلتُ: قوله: (سكت في الرواية... إلخ) وهو كما قال في الرواية هنا، لكن ذكر الصقلي في كتاب الرد بالعيب ما يدل على الخلاف في ذلك.

قال ما نصه: قال ابن حبيب: لو زارع بها لا ينبت فنبت شعير صاحبه دون شعيره، فإن دلس رجع عليه صاحبه بنصف مكيلته من شعير صحيح وبنصف كراء الأرض الذي أبطل عليه، وقاله أَصْبَغ، وقال ابن سَحنون مثله إلا الكراء لم يذكره.

قُلتُ: ظاهر قول ابن سَحنون سقوط الكراء، وهو مقتضى قول ابن القاسم فيها فيمن غر في نكاح غيره أمة أنه يغرم للزوج الصداق، ولا يغرم له ما يغرمه الزوج من قيمة الولد، ونحوه قوله في كتاب الجنايات: من باع عبدًا سارقًا دلس فيه فسرق من المبتاع فرده على سيده بالعيب فذلك في ذمته إن عتق يوما ما، وأظن ذلك في نوازل الشعبي: من باع مطمورة دلس فيها بعيب التسويس، فخزن فيها المبتاع فاستاس ما فيها؛ أنه لا رجوع له على البائع بما استاس فيها.

قال: ولو أكراها منه لرجع عليه.

الصقلي عن ابن سَحنون عنه: لا يجوز أن يخرج أحدهما قمحًا والآخر شعيرًا أو

سلتًا، ولو اعتدلا فيما بعد ذلك فإن نزل فلكل ما أنبت بذره ويتراجعان في الأكرية، وقال بعد ذلك: أنه جائز.

قال بعض القرويين: من لم يجز الشركة بالدنانير والدراهم لم يجز المزارعة بطعامين مختلفين، ولو اعتدلت قيمتهما لعدم حصول المناجزة لبقاء يد كل واحد على طعامه، ولكل واحد ما أنبت طعامه، ولا يكون التمكين فيها كالشركة الفاسدة بالعروض لا يضمن كل واحد سلعة صاحبه، وإنما يشتركان بأثمان السلع التي وقعت الشركة بها فاسدة.

الصقلي: سمع عيسى ابن القاسم: إن اشترى أحدهما قمحًا طيبًا فرضيه صاحبه، ثم اشترى الآخر رديًا فتجاوزه صاحبه، فزرع الأول ثلاثة فدادين، وزرع الآخر كذلك ثم تشاحا.

قال: فيؤدي كل واحد لصاحبه نصف ثمن بذره فيستويان.

قال بعض القرويين: إن تفاوت ما بينهما لم يجز السمح به، ويجب أن يكون لكل واحد ما أنبت بذره كشعير وقمح، إلا أن التبذير إذا كان بإذن صاحبه فهو كالقبض، فيجب على ذلك في القمح والشعير أن يضمن كل واحد منها نصف ما لصاحبه.

الصقلي: فينبغي أن تجوز الشركة؛ لانعقادها على الصحة، فإذا رضي بالرديء جاز على قول ابن القاسم بعدم شرط الخلط، وعلى قول سَحنون لكل واحد ما أنبت بذره.

قُلتُ: قال ابن رُشْد: معناها أنهما اشتركا على أن يعمل كل واحد منهما بزوجه ويده، ونصف البذر والأرض لهما أو بأيديهما لا باكتراء أو مزارعة أو منحة، والشركة على هذا إنما تصح إن كانا يحتاجان فيها إلى التعاون في إبراز البقر للحرث، وحلها والقيام بمؤنتها وجوابه.

هذا على أن المزارعة لا تلزم بالعقد؛ لأنه أفسد شركتهما بمسامحة أحدهما الآخر بعد العقد، وعلى القول أنها تلزم بالعقد فيجوز أن يسمح أحدهما للآخر بعد العقد بالقليل والكثير اتفاقًا.

فقوله: على القول بفسادها أنه يؤدي كل لصاحبه نصف ثمن زريعته فيستويان،

صحيحٌ على القول أن الزرع في المزارعة الفاسدة بينهما على ما اشتركا عليه، ومن كان له فضل رجع به على صاحبه هو قول ابن حبيب إذا سلما من كراء الأرض بما يخرج منها، ويأتي على أن الزرع في الفاسد لصاحب العمل؛ لأنهما عملا معا، وعلى القول أن الزرع لصاحب البذر فيجب أن يكون لكل واحد ما أنبت قمحه، وإليه ذهب التونسي في هذه المسألة.

وقال ابن دحون: هذه المسألة مشكلة؛ لأنه أبطل ما تراضيا به؛ لأنهما لما اشتريا القمح من السوق كأنهما اشتركا بالأثمان فردهما إلى تساوي الأثمان، إذ لو ضاع ما اشتراه أحدهما قبل شراء الآخر كان منهما؛ لأنه اشتراه للشركة التي عقداها فدل ذلك على أنهما إنما اشتركا بأثمان ما اشتريا فردهما للتساوي، ولو كان ثمن الرديء مثل ثمن الجيد لم يتراجعا إذا تراضيا، ولو كان ثمن الرديء أكثر من ثمن الطيب لرجع على صاحب الطيب بما فضله به إذا تراضيا أولا، ولو أخرج كل واحد القمح من داره لم يشتره وتراضيا بجيده ورديئه لم يكن لأحدهما رجوع في ذلك، إنما كان له الرجوع لما اشتريا من السوق، وهذا كلام محتمل لا وجه له؛ لأن لفظ الشركة يقتضي التكافؤ فيما يخرجانه، فإذا رضي أحدهما بعد عقد الشركة بأن يخرج صاحبه أدنى من الذي يخرجه فقد تفضل عليه بنصف ما زادت قيمة طعامه، وكان ذلك على القول بعدم لزوم العقد، كما لو شاركه على ذلك ابتداء فيجب فسخ شركتهما إلا أن تفوت بالبذر، فيكون لكل واحد ما أنبت قمحه على القول، بأن الزرع في الفاسد لرب البذر، ويكون الزرع بينهما على القول الآخر، ويتعادلان في قيمة ما أخرج كل منهما من الطعام اشتراه أو جاء به من عنده.

واستدلاله على الفرق بين الوجهين بما ذكره من الضمان لا يصح، إذ لا فرق بينهما في الضمان أيضًا، ولو تلف بعد أن عرضه على صاحبه فرضيه وأجازه كان منهما على القول بأن الزرع بينهما ومن ربه الذي جاء به على القول بأن له ما أنبت دون شريكه لا فرق في كل ذلك بين أن يشتريه أو يأتي به.

وللصقلي عن ابن سَحنون عنه: إن أخرج أحدهما الأرض واشترى من صاحبه

نصف البذر لم يجز؛ لتهمة أن يتجاوز عنه في ثمنه فيدخله كراء الأرض بما يخرج منها، ولو كان البذر بينهما والأرض من عند الآخر فأعطى شريكه نصف كراء الأرض عينًا أو عرضًا جاز، وإن كان بيعًا وشركة؛ لأن البيع معها إنما يمنع إن كان خارجًا عنها، وقاله ابن حبيب.

وسمع سَحنون ابن القاسم: إن دفع أحد الشريكين في الأرض لصاحبه عينًا يشتري بها حظه من البذر فزرع الوكيل، ثم قال: ما اشتريت، إنما زرعت من عندي فلموكله تكذيبه؛ لأنه يتهم في دعواه عليه سلف الطعام، وقد أقر بالشراء ولو صدقه موكله خير في إعطائه المكيلة فيكون الزرع بينهما وتركه وأخذ عينه.

ابن رُشْد: قوله لموكله تكذيبه فيه، يريد لا يلزمه تصديقه لا أن له تكذيبه ولو علم صدقه، ومعناه أن القول قوله فيما يدعي من كذبه أو الجهل بصدقه إن حقق دعوى كذبه حلف، وكان له نصف الزرع وبطل ما ادعاه عليه الوكيل من الطعام، وكذا إن لم يحقق الدعوى عليه بذلك إلا أنه يحلف أنه لا يعلم صدقه من كذبه، فإن نكل حلف الوكيل ورد إليه عينه وأخذ منه الطعام الذي زعم أنه زرعه له من عنده.

وقوله: (في الرواية إن صدقه فهو بالخيار... إلخ) كلام وقع غير محصل؛ لأنه إنما يخير في ترك الزرع أو أخذه ويؤدى الطعام والدنانير يأخذها بكل مال إذا صدقه أنه لم يشتر له بها شيئًا، وفي تخييره اختلاف.

سمع أَصْبَغ ابن القاسم: نظيرها لا ينبغي تخيير رب البذر في إعطاء بذر ليأخذ زرعا وفي أن يسلم الزرع، وقاله يحيى بن عمر أنه إن صدقه أو قامت بينة أنه زرع من عنده لم يجز له الرضى بأخذ نصفه ويؤدي الزريعة بل يأخذ عينه وكراء أرضه وبقره وعبيده، وقاله غير ابن القاسم في كتاب ابن سَحنون إن صدقه وتم الزرع، يريد بالبذر فهو لمن زرعه، وللآخر كراء أرضه بعد أن حكى عن ابن القاسم مثل قوله في هذه الرواية، وإنما يكون مخيرًا على القول بالتخيير إن قال الوكيل: زرعت له ولنفسي على أن له عليه نصف البذر سلفًا، ولو علم صدق الوكيل في أنه زرع لنفسه أو للشريك لم يكن في ذلك خيار، إنما الخلاف إذا جهل صدقه فيخشى إن صدقه أن يكون كاذبًا، وإن كذبه

أن يكون صادقًا فيدخل في كل وجه بيع الزرع بطعام؛ لأنه إن زرع لنفسه فالزرع له لا يجوز أن يأخذ فيه طعامًا من الشريك، وإن زرع للشريك فالزرع للشريك لا يجوز أن يسلفه بما له عليه من الطعام، ولذا المعنى: قال العامل في سماع أَصْبَغ: ينتظر بالزرع حتى يدرس فيستوفي الوكيل بذره، والباقي لرب الأرض؛ لأنه له زرعه، هذا ما يجب به الحكم والقضاء، وأما الاستفتاء فيقال للشريك إن أيقنت صدقه أنه زرع لك من عنده فادفع له الطعام وخذ زرعك، وإن أيقنت كذبه في ذلك فلا يجوز لك ذلك، وإن جهلت ذلك فالخلاص ما قاله في سماع أَصْبَغ، وسمعه سَحنون أيضًا في الأرض بين الرجلين يحرثانها معًا أيام البذر فيغيب أحدهما فيبذرها الآخر، إن جاء صاحبه قبل فوت الزرع فله أن يزرع حظه من الأرض، لا يجوز أخذه فيها طعامًا ولا ذهبًا ولا أرضا يحرثها ولا متربة، فإن فات البذر فله على الذي بذرها كراء عمله الذي كان عمل.

ابن رُشْد: لم يبين كونه زرعها في مغيب شريكه لنفسه أو بينهما، والمعنى أنه زرع لنفسه؛ ولذا قال: من حق الغائب إن لم يفت إبان الزرع أن يزرع حظه من الأرض؛ يريد: بعد قسمها، ومثله في الموازيَّة لابن القاسم قال: ولو اكترياها ليزرعاها بينهما فزرع أحدهما نصفها في غيبة الآخر، وطاب الزرع فهو له خاصة وعليهما كراء ما تعطل منها.

قال أَصْبَغ: وعلى الزارع نصف قيمة كراء المزروع منها إن كان أكثر من الثمن، وما تعطل فهو عليهما وكراؤها كلها عليهما.

وقول ابن القاسم في هذا السماع: للغائب حرث حظه إن لم يفت إبان الحرث، مثل قوله في سماعه من كتاب الاستحقاق، أن له فيما بنى في أرض شريكه قيمته منقوضًا إن صار في حظ شريكه خلاف قوله في سماع أبي زيد بعد هذا، وسماع عيسى من كتاب الشركة: أن الزرع لزارعه وعليه نصف كراء الأرض لشريكه؛ يريد: وإن لم يفت إبان الحرث مرة رأى الشركة شبهة، ومرة لم يرها شبهة، ومضى ذكر ذلك في سماع ابن القاسم في الاستحقاق.

وفاسدها يفسخ فإن فات بالعمل ففيه اضطراب.

فيها: إن أخرج أحد ثلاثة الأرض وجميع العمل والباقيان البذر قضى بالزرع لذي الأرض، وغرم للباقيين مثل بذرهما، وروى ابن غانم: الزرع لصاحبي البذر وللآخر كراء أرضه وعمله، ففي كونه لذي البذر أو العمل أو اثنين من البذر والأرض والعمل، رابعها: من الأرض والعمل والبقر، وخامسها: لذي اثنين من الأربعة، وسادسها: إن سلم من كراء الأرض بما يخرج منها فهو بينهم على ما شرطوه، وتعادلوا فيما أخرجوه وإلا فالأول لرواية ابن غانم، وتأويل الشَّيخ قول ابن القاسم في الموازيَّة، وتأويل التونسي على ابن القاسم مع اختيار محمد ونقلي ابن رُشْد وابن حبيب وقول ابن الحاجب.

قال الباجي: لي ستة فذكرها وهم نشأ عن تقليده ابن شاس، وظنه بقوله أبو الوليد أنه الباجي، وعبر عن الرابع بأنه لمن له الأرض والبذر والعمل، وعن الخامس بأنه لمن له الأربعة وإنما هما في نقل ابن رُشْد على ما ذكرناهما، ومثل هذا وهو نقل خلاف ما هو منصوص للمنقول عنه لا يعتبر بحال.

وقول الصقلي: روى محمد عن مالك وابن القاسم، الزرع في فاسد الشركة لمن ولي القيام به كان مخرج البذر أو صاحب الأرض أو غيره، وعليه إن كان مخرج البذر كراء الأرض لصاحبه، وإن أخرج صاحبه البذر فعليه له مثل بذره، وإن وليا العمل معا غرم هذا لهذا مثل نصف بذره، وهذا لهذا مثل نصف أرضه يدل على أن من ولي القيام به إنما وليه بعمل يده مع شيء آخر بقر أو بذر.

ثم قال عن ابن حبيب: إن أخرج أحدهما البذر والعمل، والآخر الأرض والبقر لم يجز وإن تكافئا، فإن فات فالزرع لصاحب البذر، وهذا على مذهب ابن غانم واختيار ابن سَحنون وعلى مذهب ابن القاسم واختيار محمد الزرع بينهما؛ لأنهما تساويا في العمل.

و أخرج أحدهما البقر والآخر البذر إن كان قيمة عمل يده مثل قيمة كراء بقر الآخر، وإن اختلفا فكان قيمة عمل يده عشرين وقيمة البقر عشرة كان للعامل بيده ثلثا

الزرع؛ لأن معه ثلثا العمل وأرض أو بذرًا فما يقابل أرضه أو بذره يضاف إلى عمله قدره، ويبقى له بذر بلا عمل لا يستحق به عند ابن القاسم شيئًا ولصاحبه ثلث الزرع؛ لأنه إن كان صاحب الأرض أخذ من أرضه ثلثها فأضافه إلى عمله استوجب بذلك ثلث الزرع، ثم يبقى له ثلثا عمل بلا أرض ولا بذر فلا يستوجب به شيئًا.

هذا قياس قول ابن القاسم؛ لأنه لا يجعل للمنفرد بالعمل وحده شيئًا، إذ لو أخرج رجل البذر والأرض، والآخر العمل لم يكن لمتولي العمل إلا أجر مثله، وإن كان مع عمله أرض أو بذر استوجب به الزرع، ثم قال في باب بقية القول في المزارعة عن ابن سَحنون: إن أخرج أحد ثلاثة الأرض ونصف البذر والآخر نصف البذر، والثالث البقر والعمل على أن الزرع بينهم أثلاثًا لم يجز، فإن فات فالزرع على قول ابن القاسم بين العامل ورب الأرض ويغرمان لمخرج نصف البذر بذره، وقال سَحنون: لصاحبي الزريعة وعليهما كراء الأرض والعمل وقال ابن حبيب: الزرع بينهم أثلاثا.

الشَّيخ: الذي ذكر محمد على أصل ابن القاسم أن الزرع لذي العمل إذا أسلمت الأرض إليه، ويغرم مثل البذر ولمخرجه وكراء الأرض لربها.

قال بعض القرويين فيما ذكر ابن سَحنون: أن الزرع بين العامل ورب الأرض اعتراض؛ لأن ابن القاسم لم يجعل للمنفرد بالعمل وحده شيئًا، إذ لو أخرج رجل الأرض والبذر والآخر العمل لم يكن لذي العمل إلا أجر مثله، وهاهنا لأحدهم أرض ونصف بذر يجب له بمجموعها نصف الزرع ويبقى له نصف أرض وللآخر نصف بذر وللآخر نصف عمل فلو قيل النصف الباقي يقسم بينهم أثلاثًا لكان أشبه، وقول الشَّيخ: أنه لذي العمل على مذهب ابن القاسم فيه نظر؛ لأنه لم يوجد لابن القاسم أن من انفرد بالعمل وحده دون شيء آخر معه أن له الزرع، إنما جعل له الزرع إذا انضاف أرض أو بذر، وقول ابن حبيب على أصله؛ لأنهم سلموا من كراء الأرض بالطعام.

الصقلي عن ابن حبيب: لو أخرج أحدهما الأرض وعلى الآخر العمل وجميع البذر على أن له نصفه على رب الأرض لم يجز لشرط السلف، فإن فات فالزرع بينهما نصفين؛ لأنهما ضمنا الزريعة وتكافئا في العمل وكراء الأرض، ويرجع مخرج البذر بنصفه

معجلا على الآخر ونحوه سمع عيسى ابن القاسم، ولابن سَحنون عنه: لزرع لمسلف البذر وعليه كراء الأرض، قبض رب الأرض حظه من البذر أم لا، إذا وقعت الشركة على شرط السلف إلا أن يكون أسلفه على غير شرط بعد صحة العقد.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: لو غاب أحد الشريكين في أرض بعد أن حرثاها حين إبان الزراعة، فخشي الحاضر فوت الزرع فزرعها ببذر من عنده، ثم قدم الغائب فالزرع لزارعه، وللآخر عليه كراء أرضه محروثة، ولو قسم الحاضر الأرض بمحضر رجال فزرع حظه وترك ما بقي لم ينفعه ذلك، وللغائب كراء نصف ما زرع إلا أن يكون ذلك بقسم السلطان.

ابن رُشْد: هذا مثل قوله في رسم إن أمكنني من سماع عيسى من كتابة الشركة خلاف قوله في سماع سَحنون من هذا الكتاب.

الصقلي عن كتاب ابن سَحنون: إن تزارعا على أن الأرض والبذر من عند أحدهما ومن عند الآخر البقر، فطلب حرثها حرثة واحدة، وقال الآخر: بل حرثتين حملا على سنة البلد، فإن لم تكن لهم سنة؛ لأنهم يفعلون هذا وهذا، فقياس قول سَحنون حرثة واحدة إلا أن يشترط حرثتين.

قال بعض القرويين: إن كانوا يفعلون الأمرين فالشركة فاسدة.

قُلتُ: قول (بعض القرويين) مثل قول الغير في أكرية الدور.

فيها: لا بأس بكراء حانوت لا يسمي ما يعمل فيه وله أن يعمل فيه حدادا أو قصارًا أو طحانًا إن لم يضر ذلك بالبنيان.

قال غيره: إن تفاوت ضرر الأعمال لم يجز الكراء إلا على شيء معروف.

الصقلي عن سَحنون وعيسى: إن شرطا البذر بينهما ومن عند أحدهما الأرض، وعلى الآخر العمل على أن يحرثها ثلاث حرثات.

قال عيسى: وذلك متكافئ فلم يحرثها إلا حرثتين نظر إلى قيمة ما حرث وما ترك، إن كان ما ترك الثلث رجع عليه رب الأرض بثلث كراء نصف أرضه، ولحسين بن عاصم عن القاسم: من أعطى أرضه ذات القليب من يقلبها ويثنيها ويزرعها في الإبان

ببذرهما والزرع بينهما نصفين وبين القليب والإبان شهر لم يجز إن كانت غير مأمونة، فإن قبلها ولم يزرع فله نصف قيمة الحرث عن حظ رب الأرض ويستأنى بحظ الحارث إن رويت أرضه أرضه لزمه كراء ذلك عن نفسه نقدًا، وإن عطشت فلا كراء عليه، وله نصف قيمة الحرث على رب الأرض عطشت أم لا، ولم يعلم ذلك حتى زرعها فالزرع بينهما وباقي العمل عليهما، وعلى العامل نصف كراء الأرض نقدًا، وله قيمة نصف كراء الحرث والقليب والزراعة فإن فعلا هذا بعد ري الأرض جاز إن ساوت قيمة الحرث والزراعة والحصاد والدراس كراء الأرض وإلا فالزرع بينهما، ويرجع من له فضل على الآخر.

ابن حبيب: لا بأس أن يزارع الرجل بأرضه قبل ريها ولو لم تكن مأمونة ككرائها بغير نقد، فإن تزارعا على أن دفع إليه أرضه يقلبها، فإن جاز إبان القليب فرويت تخارجا الزريعة نصفين، فإن جاء إبان الزرع ولم ترو فهي مصيبة عليهما؛ لأنهما شريكان لا متكاريان، كما لو زرعا ثم عطشت لا يرجع العامل على رب الأرض بشيء.

الصقلي: الصواب قول سَحنون لا تجوز الشركة إلا أن تكون مأمونة كما قال ابن القاسم؛ لأن القليب نقد فيها.

قُلتُ: قول ابن القاسم هو قوله فيها: إن تساويا في الزريعة والأرض لأحدهما والعمل على الآخر على أن يكريه الأرض العام ويزرع قابلا لم يجز إلا في أرض مأمونة الري.

قُلتُ: ولا فرق بين التأخير شهرًا أو عامًا في توقع الري إلا إن حجر الأرض على ربها في الشهر أخف منه عامًا.

الصقلي عن كتاب ابن سَحنون: إن أخرج أحدهما أرضًا وبذرًا، والآخر العمل والبقر، فاستحقت الأرض بعد الزراعة في إبانها رجع المستحق على مخرج الأرض بنصف كرائها وشريكه حرث له، هذا النصف بالنصف الآخر وبنصف البذر، فإن اعتدل نصف الأرض ونصف البذر رجع المستحق عليه بربع قيمة العمل، وهو عوض كراء نصف الأرض، وإن اختلفا كان ذلك على هذا الحساب، وإن كان المستحق منه

عديمًا اتبعه بنصف قيمة كراء الأرض، وشريكه بربع قيمة العمل في قياس قول سَحنون، ولو استحقها بعد فوت الزراعة فلا كراء له على واحد منهما، ولو كان بعد أن حرث ولم يزرع فله أخذها ولا شيء للشريك في حرثها.

الصقلي: قوله: (في فوت الزراعة) صواب، وقوله: (إن قام وقد حرث ولم يزرع) غير صواب، والصواب أن يكون عليه قيمة الحرث؛ لأن المشتري والمكتري منه حارث بوجه شبهة فلا يبطل عمله، وقاله بعض القرويين.

قُلتُ: هو مقتضى المدَوَّنة لقولها في الغصب: من أحيا أرضًا يظنها مواتًا ليست لأحد فاستحقها رجل، قيل له ادفع قيمة العمارة مع قولها في حريم البئر الحرث إحياء.

الصقلي عن سَحنون: إن أخرج أحدهما الأرض والبذر والآخر البقر والعمل فحرث كريم الأرض وترك غيره منها، فإن علم في الإبان جبر على تمامها، وإن فات الإبان فإن حرث نصف الأرض كان على العامل لرب الأرض ربع جميع كراء الأرض؛ يريد: ما لم يحرث قال: وإن حرث الثلثين فعليه السدس ويكونان شريكين في الزرع، ولو واجبته يحرث نصف أرض لي بزريعتي على أن يحرث لنفسه النصف الآخر، فأقلب العامل كريم الأرض وترك غيره وفات إبان القليب، فليقسم القليب بينهما ويغرم العامل كراء القليب، وله على رب الأرض أجر مثله في النصف الذي أخذ المتداعي في المزارعة.

وسمع عيسى ابن القاسم وابن كنانة: من أعطى أرضه وبذره وبقره رجلًا يزرعها على أن يأخذ من الزرع زريعته، ثم يقسمان ما بقي، فادعى العامل أن نصف الزريعة له فالقول قوله والزرع بينهما بالسوية.

الصقلي: يريد ويتراجعان في الفضل في غيره ويحلف الزارع.

ابن رُشْد: هذا على قول مالك؛ لأن رب الأرض يدعي على الزارع أنه أسلفه نصف الزريعة على ذلك شاركه، وهو يوجب فسادها والزارع ينكر ويدعي الصحة، فوجب قبول قوله، وقال عبد الملك عن ابن وَهْب: إن أخرج أحدهما الأرض والآخر العمل والبذر بينهما، فادعى العامل أنه أسلف صاحبه نصف البذر صدق مع يمينه

وفسدت الشركة.

قال أشهب: من قامت له البينة أن البذر كان بيده يزرعه صدق مع يمينه.

وقال حسين بن عاصم عن ابن القاسم: من دفع أرضه لرجل حين القليب مناصفة فحرثها، فلما رويت قال ربها: عليك حرثها فخذ نصف البذر، وقال الحارث: إنما حرثت على أن نصف الأرض لي أحرثه لنفسي وحرث نصفها لك عليك وأقاسمك إياها، أو قال اكتريها كلها هذه السنة فالقول قوله ويقسمان القليب إن قال مقاسمة وتكون له إن قال بكراء ويحلف.

سَحنون: لأنه عمل وحاز بعمله ولو كانت هذه دعوى رب الأرض وادعا العامل المعاملة صدق رب الأرض بيمينه، وقاله كله ابن حبيب.

قُلتُ: مقتضى تعليل سَحنون قبول قول العامل وحوزه وعمله أن يقبل قوله في دعوى المعاملة عملا بحيازته المذكورة.

ويجاب بأن علة قبول قوله هو تقرر حوزه ما هو مدعيه، وهو الأرض ودعواه في المزارعة متعلقة بالبذر وهو ليس في حوزه فبطل قوله فيه، وسلم قول رب الأرض في أرضه عن ترجيح قول العامل بحوزه ما يدعيه.

سَحنون: إن قال العامل: بعد طيب الزرع هو بيننا وقد تساوينا في بذره، وقال رب الأرض: إنما أنت أجير له، فالقول قول من عرف أن البذر من عنده، فإن جهل فالقول قول العامل؛ لأنه مخرج البذر في غالب الشركة ولو كان لا يعرف يملك بقر ولا بذر إلا أن يكون معروفًا بالإجارة لرب الأرض.

قال سَحنون وابن حبيب: لو قال للعامل بعد القليب: تعاملنا على أن القليب علي وحدي، والبذر والعمل علينا بالسوية، والأرض من عندك، وقال رب الأرض بل على أن كل العمل عليك والأرض بيننا، فالقول قول من ادعى الاعتدال.

ابن حبيب: فإن لم يدعه أحدهما رد إليه ثم يترادان الفضل.

سَحنون: وإن لم يكونا زرعًا صحت الشركة باعتدالهما، وإن فات الزرع فهو بينهما بقدر البذر ويترادان في الأكرية.

قال بعض فقهائنا: إن اختلفا قبل أن يعملا شيئًا تحالفا وتفاسخا.

ابن حبيب: فإن لم يتحاكما ولم يعمل رب الأرض معه كما قال فزرع العامل نصفها لنفسه ببذره وأبقى نصفها لرب الأرض ثم تحاكما وتفاسخا، فالزرع بينهما ويترادان الفضل، وما تعطل إن كان رب الأرض مدعي الاعتدال فله على العامل نصف كرائه، كما لو أبطل ذلك بمزارعة جائزة لم يختلفا فيها، وإن كان العامل مدعي الاعتدال فلا كراء عليه، وهو على صاحبه الذي أبى العمل.

وقال سَحنون: إن أبى رب الأرض من العامل كذا، قال العامل: فزرع العامل لنفسه نصف الأرض، فالزرع لزارعه ولا شيء عليه من الكراء بعد حلفه ما عمله إلا على ما ادعاه؛ لأنه إذا قال: عاملتك على أن العمل عند البذر بيننا، وقال رب الأرض: بل على أن كل العمل عليك، فكان العامل قال: أكريت نصفها منك بنصف القليب، وقال الآخر: بل على أن تقلب لي نصفها وتزرعه لي فالعامل مدعي عليه.

الشَّيخ عن سَحنون: إن اشتركا على اعتدال فدفع رب الأرض للعامل نصف البذر، وقال: ما بذر العامل إلا نصف مدي، وقال العامل: بل مديا فهو مصدق مع يمينه فيما يشبه، وإلا فرب الأرض فيما يشبه، فإن أتيا بما لا يشبه نظر إلى محمل تلك الأرض فيكون عليه نصفه.

الصقلي: قال محمد: إن وكلت من يزرع لك في أرضك قمحًا فزرع شعيرًا، لو أمرته بسمراء فزرع بيضاء، فالزرع له وعليه كراء الأرض، وإن زرع قمحًا من عنده شبه قمحك فالزرع لك، ومثله سمع أَصْبَغ ابن القاسم هـ.

قُلتُ: هو سماعه من وكل من يزرع له فأخطأ فزرع أرضه ببذر لابنه أو لامرأته، غرم الوكيل لابن الرجل أو امرأته بذرهما والزرع له وعليه كراء الأرض، ولا ينبغي أن يخير رب البذر في أن يعطي بذرًا أو يأخذ زرعًا، وفي إسلام الزرع قال: وفيه قول آخر لو قال قائل: يؤخر حتى يحصد الزرع فيأخذ الوكيل منه بذره وما بقي لرب الأرض، ثم أفكر فأقول حصاده ودرسه على من يكون فيتفاحش ذلك، فالقول ما قلته لك أولا إن بذر بذرًا مخالفًا لما أمره به؛ كأمره بقمح فيبذر شعيرًا أو قطاني فإن كان ما أخطأ به

قمحًا مثل ما أمره به فالزرع له ويغرم مكان البذر لأصحابه.

ابن رُشْد: قوله: (الزرع للوكيل ولا يكون الأمر مخيرًا) خلاف ما مضى له في نظير هذه المسألة في سماع سَحنون، وتفرقته بين أن يكون البذر الذي بذر مخالفًا لما أمره به أولا استحسان، وجهه أنه في المخالف يغلب على الظن أنه زرعه لنفسه، فلا يصدق أنه زرعه له على وجه الغلط.

وإن كان غير مخالف أشبه قوله أنه زرعه له فوجب آخذه عند، وغرم مثله لأصحابه، ومضى في سماع سَحنون في نظير هذه المسألة بيان هذا.

فيتحصل في هذه المسألة ثلاثة أقوال: تصديقه فيأخذ الزرع ويغرم البذر لأربابه، ومنع تصديقه فيسلم له الزرع ويغرم كراء أرضه، والفرق بين كون البذر مخالفًا أو غير مخالف.

قُلتُ: للصقلي عن محمد القول الذي قال ابن القاسم: يستأني بالزرع فيأخذ منه مثل بذره هو الصواب ويخرج منه درسه وحصاده وكراء الأرض وما بقي فلرب الأرض وما عجز فعل باذره.

الشَّيخ والصقلي: لسَحنون في العتبيَّة، وكتاب ابنه عن ابن القاسم: من واجر من رجل بقره بمدي شعير على أن يحرث مديًا آخر من شعير بأرض رب الشعير في موضع منها أراه إياه ودفع إليه المديين فتعدى فحرثهما في أرض نفسه غرم المديين، فإن بطل ما زرع فقد أخذ حقه ولم يف بالإجارة، وإن تم زرعه فإن خرج أكثر من المديين وإجارة مثله مدي أو أقل دفع إليه يعني الأقل من المدي المعطى له في أجره، أو أجر مثله مع المدي الذي أغرم ودفع ما بقي لرب الزريعة، وإن كان أجر مثله أكثر من مدي لم يزد على مدي، ورد إليه أحد المديين الذي أخذ منه أولا وما بقي لرب الزريعة، فإن لم يصب إلا مديًا قوصص به فيما أخذ منه ولا شيء له غير ذلك.

الصقلي: كل المسألة جار على أصلهم في تعدي المقارض إلا قوله يأخذ الأقل من أجر المثل أو المسمى، هذا مذهب سَحنون في هذا الأصل، وأصل ابن القاسم في تعدي الأجير: أنه إن أصاب أكثر من مديين أن يأخذ في أجره المدي المسمى له ومدي

الزريعة، ويدفع الفضل لرب الزريعة.

وفي نوازل أَصْبَغ: إن حرث رب أرض أو مكتريها أرضًا ظنها إياها أو بنى عرصة كذلك وحلف أنه ظنها إياها مصدق في الزرع مع يمينه، وهو على الخطأ حتى يعلم عمده فيقر زرعه حتى يتم كمكتر.

سَحنون: هو كغاصب، أَصْبَغ: وهو في العرصة كغاصب.

ابن رُشْد: لا يعذر في العرصة اتفاقًا لمعرفة حدودها، بخلاف الفدادين.

قُلتُ: ونقله ابن عات عنه في طرره، وفيه نظر لقولها في الشفعة: من بنا أو غرس في أرض يظنها له ثم استحقت فعلى مستحقها قيمة ذلك قائما للشبهة إلا أن يتأول ما في الشفعة على أنه بناء في مضمون عليه بثمنه لقوله ثم استحقت.

وفي أصل الطرر عن وثائق: في أصل الطرر عن وثائق فعله ابن فتحون ومن خرج ليلًا فزرع أرض جاره غلطا فلا شيء له من الزرع.

الصقلي: وقال سَحنون في موضع آخر إلا أن يكونا لم يتحاكما أو لم يعلم ذلك حتى تحبب الزرع وفات إبان الزراعة، فيكون الزرع لزارعه وعليه كراء المثل.

وفي الطرر عن وثائق: ومن خرج ليلًا فزرع أرض جاره غلطًا؛ فلا شيء له من الزرع.

الصقلي: قال في كتاب ابنه: وكذا من زرع أرض غائب أو حاضر على الدابة فهو كغاصب.

قال: ولو غصب الزرع وتقارب طيبه، ولو قلع انتفع رب الأرض بزرعها كتانًا أو غيره، لم يقلع إن تقارب طيبه، وليس لرب الأرض إلا الكراء.

ابن حبيب: إن اختلطت زروع فدادين بعد حصدها لأقوام قسم طعامها على ما بذر منها في كل فدان منها.

سَحنون: ما طار من بذر جار في أرض جاره فهو لمن نبت في أرضه ولو اختلف بذراهما، ولو كان بين الأرضين جسر فما نبت فيه مما تطاير بينهما اتفق بذراهما أو لا؛ لأن ذلك الموضع من أرضيهما.

سَحنون: إن قوي أحد الشريكين في الأرض على الحرث وباقيهم لا يقوى فدعوه للقسم وأبى وحرث لنفسه فلشركائه كراء حظهم فيما حرثه، وكذا لو حرث قدر حظه منها فقط فلشركائه كراء حظهم فيما حرث، وكذا لو كانت أرض بعل فجاد زرع الحراث فيها لتوالي المطر، وكذا لو طولب في القسم فلد وتغيب حتى حرثت فإنما عليه الكراء؛ يريد: وقد فات الإبان فعليه الكراء، ويحلف الشريك أنه ما أذن له أن يزرع ولا رضي به.

وفي أكرية الدور منها: من أكرى أرضه لرجل يزرعها قمحًا أو شعيرًا أو غيره على أن ما أنبت بينهما أو هو مع الأرض بينهما لم يجز.

الصقلي: عن بعض القرويين: إن زرع فالزرع له وعليه كراء الأرض؛ لأن الزرع من عنده فصار شركة فاسدة، ولا يبعد أن يقال نصف الزرع أفاته العامل في نصف الأرض لربها بإذنه فعليه مثله وأجر العامل فيه، ولو لم يتم وينتظر بنصف العامل الذي زرعه لنفسه إن تم غرم كراءه وإن بطل فلا شيء عليه.

وأما قوله: على أن الأرض بيننا نصفين فعلى أحد التأويلين يكون نصف البذر زرعه لرب الأرض فعليه مثله؛ لأن أرضه قبضته له وللعامل أجره فيه، وينتظر بنصف العامل إن تم فعليه كراء المثل إن حكم بالفسخ في إبان الحرث، وإن لم يتم فلا كراء عليه، وإن لم يحكم بالفسخ حتى تم الزرع فلا كراء عليه ولا يفيته الزرع ويرده ويمكن أن يقال ما زرعه لرب الأرض لا يفوت وهو لزارعه؛ لأنه لم يدفعه فهو لزارعه وعليه لرب الأرض كراؤها.

ابن عات: عن ابن لبابة: من مات في إبان الزراعة فزرع بعض ورثته أرضه بزوجته وزريعته فلما تم قال: من لم يعمل الزرع بيننا ولكم أجركم، وقال العامل: هو لي ولكم كراء الزوج الزرع بينهم وللعامل أجره، ولو عطب الزوج أو قحطت الأرض غرم العامل قيمة الزوج وكيل الطعام لتعديه.

وحكى عيسى في كتاب الجداد: إن حرثت المرأة أرض زوجها ببذره وبقره، وقالت: زرعته لنفسي فالزرع لها، وعليها كراء الأرض والبقر وغرم البذر إن كان من طعامه، وما عطب في عملها من بقره ضمنته المشاور، وبه العمل، وقول ابن لبابة خطأ.

[كتاب المغارسة]

المغارسة: جعل وإجارة وذات شركة في الأصل[1]، وسمع ابن القاسم: من قاضى رجلًا على غرس نخل بأرضه على أن له في كل نخلة تثبت جعلا مسمى، وإن لم تثبت فلا شيء له وله الترك متى شاء، فلا بأس به إن شرط للنخل قدرًا يعرف أربع سعفاتٍ أو خمسًا.

ابن رُشْد: المغارسة على الجعل جائزة، وكذا على الإجارة وعلى جزء من الأصل.

وفيها: إن قلت له اغرس لي أرضي هذه نخلًا أو شجرًا بطائفة أخرى من أرضك جاز ككراء الأرض بالخشب.

وإن قلت له: اغرسها شجرًا أو نخلًا، فإذا بلغت كذا وكذا سعفةً والشجر قدر كذا فالأرض والشجر بينهما نصفين، فذلك جائز، وإن قال: والأصول بيننا فقط، فإن

---

(1) قال الرَّصاع: الشَّيخ: لا يتوهم أنه ذكر ذلك حدًا للمغارسة، فإن ذلك ليس بحد لها وإنما هو تقسيم لها، فيقال: عليه الحكم عليها بذلك لا يستدعي معرفتها وتمييزها، وغايته أنه بين أنها تارة تكون إجارة، وتارة تكون جعالة وتارة تكون شركة في الأصول، فإن اشترط على رجل أن يغرس له نخلًا في أرض وما ثبت منها أخذ فيه جعلا مسمى فهي جعالة وله الترك، وإن اشترط إجارة على جزء من أصل جاز كما إذا قال: اغرس لي أرضي نخلًا بطائفة من أرض أخرى فهذه إجارة، وإذا قال اغرسها نخلا أو شبهها على قدر كذا والشجر والأرض بينهما، فذلك أيضًا مغارسة وهذا شامل للفاسدة والصحيحة والفاسدة فيها نزاع والمغارسة لها حكم، وسنة تخصها فليست بمحض إجارة ولا جعالة فأشبهت الإجارة للزوم عقدها، وتشبه الجعالة لوقوف عوضها على ثبوت الغرس.

(فإن قلت): هلا عرف الشَّيخ: المغارسة بقوله: عقد على تعمير أرض بشجر بقدر معلوم كالإجارة أو كالجعالة أو بجزء من أصل، وذلك يجمع أصنافها الصحيحة والفاسدة، وذلك معنى ما استلزمه حكمه المذكور.

(قُلتُ): لعله رآها ليست عقدا وهذا بعيد؛ لأنه صرح في آخرها بأن الخلاف يجري فيها قياسا على المساقاة فتلزم أو على الجعالة فلا تلزم وأيضًا فإنه صرح في حد الإجارة بأن المغارسة تدخل في الرسم، وتخرج بقوله بعوض ناشئ عنها فيقال على هذا في رسمها: بيع منفعة عاقل في عمارة أرض بشجر بقدر إجارة أو جعالة أو بجزء من أصل وما زلت أستشكل عدم رسمه لها، ولم يظهر قوة جواب والله سبحانه أعلم بقصده السني وعمله السني نفع الله به ورحمه بمنه.

كان مع مواضعها من الأرض جاز، وإن لم يشترط ذلك وشرط ترك الأصول في أرضه حتى تبلى لم يجز ذلك.

ابن رُشْد: للمغارسة سنة تخصها ليست محض إجارة، ولا جعل تشبه الإجارة بلزوم عقدها، والجعل موقف عوضها على ثبوت الغرس.

وسمع عيسى ابن القاسم: لو قال أستأجرك على غرس أرضي هذه كذا وكذا نخلة إن ثبتت فهي بيننا جاز، وهو جعل لا إجارة له الترك متى شاء، ولو ماتت لم يكن له شيء، ولو لم يكن جعلا ما جاز إذ لعله أن يعمل فيبطل ولا يقدر أن يخرج فيذهب عمله بغير شيء، ولو استأجره على أن يغرس في حائطه هذا كذا وكذا نخلة بنصف أرضه هذه لجاز، وكانت إجارة ولا ترك له حتى يفرغ من غرسه، فإن غرسها وغيبها في أرضه ثبت أجره ولو عطبت.

ابن رُشْد: قوله: (إن ثبتت فهي بيننا)؛ يريد: وما ثبت منها فهو أيضًا بيننا بأرضه؛ لأنا لو حملناه على ظاهره فإن العامل لا يجب له شيء إلا بثبوت كل النخل، للزم إن ثبت بعضها فقط ألا يكون للعامل فيه شيء، وذلك باطل اتفاقًا، ولم يلتفت إلى لفظ الإجارة في قوله أستاجرك لما شرط فيها العمل على حكم الجعل، وهو قوله فيها إنما ينظر مالك إلى الفعل لا القول.

وقوله: إن المغارسة في الأرض على جزء منها لا يجوز إلا على وجه الجعل بأن لا يلزم العامل التمادي وله الترك متى شاء بخلاف المشهور من أنها في الأرض على جزء منها جائزة على لزوم عقدها لهما، وإن كان لا يحمله القياس قياسًا على المساقاة، وإن كان فيه اعتراض؛ لأن شرط المجاعلة كون الجعل فيها معلومًا، والجعل في هذه المغارسة غير معلوم؛ لأنه الجزء الذي شرط له من الأرض بعد غرسها ولا يدري كيف يكون الغرس.

وشرط صحتها: كون الأرض والشجر بينهما وأن تؤقت بشباب قبل الإطعام، في سماع حسين بن عاصم، قلت لابن القاسم: ما حد الشباب الذي وصف مالك.

قال: حد الشجر في ارتفاعها؛ يريد: قدرًا معلوما كالقامة ونصفها، وما أشبه ذلك

في سعفات يلقيها الشجر معروفة السعفة بالتحريك غصن النخل، قاله الجوهري، وسمع ابن القاسم جواز أخذها بالإثمار.

ابن رُشْد: أجازه في هذا السماع وفي رسم الجواب.

وفي الموازيَّة: وله في موضع آخر منها منعه؛ لأنه لا يدري متى تثمر، وإن حدها بأجل دون الإطعام ففي صحتها ومنعها أول سماع حسين بن عاصم ابن القاسم وما في أثنائه مع رواية الواضحة، ولو سكتا على التحديد ففي جوازها ومنعها سماع عيسى ابن القاسم، وقول ابن حبيب وجعله الإثمار.

ومن شرطها كونها في أصل لا في زرع ولا بقل، وفي جوازها في فصل الزعفران الذي يقيم أعوامًا، ثم ينقطع قول سَحنون وسماع ابن القاسم.

سَحنون: وتجوز في القطن الذي يبقى السنين العدة لا فيما يزرع كل سنة.

ابن حبيب: قال مالك: لا تجوز المغارسة إلى أجل.

قال لي مُطَرِّف: إنما يجوز الأجل في هذا أن يقول اغرس لي شجر كذا، فإن بلغت الإثمار أو شباب كذا فلي نصفها ولك نصفها على أن تقوم بنصفي كذا وكذا سنة فيجوز كأنه واجره على غرس نصف أرضه، ويأتي بالغرس من عنده ويقوم له به تلك المدة بنصف الأرض، فإن بطل الغرس قيل لرب الأرض أعطه غرسًا مثله يغرسه لك ويقوم به.

قُلتُ: فهذه مغارسة إلى أجل ومالك ينظر إلى الفعل لا ينفع عنده حسن اللفظ إذا قبح العمل، فقال: هذا لا يعتدل في كل شيء؛ لأنه لو قال: أؤاجرك سنة تقوم بجناني هذا بنصف ثمرته لم يجز، ولو قال أساقيك بذلك جاز، فما فرق بينهما غير اللفظ، وقاله أَصْبَغ.

الصقلي: الأصل أن لا فرق بين أساقيك بنصف الثمرة أو أستأجرك ولا يضر قبح اللفظ إذا حسن العمل، ولم يفرق ابن القاسم بينهما وهو أصوب، وقاله حسين بن عاصم عن ابن القاسم: إن غارسه على أنه إذا تمت المغارسة وأخذ نصفه قام بنصف رب الأرض سنين معلومة، والعمل معلوم مضمون على العامل، ولو مات جاز وإن

شرط عمل يده بعينه فلا خير فيه؛ لأنه خطر لا يدري أيعيش العامل للأجل أم لا؟ سَحنون: هذا خطأ ولا يجوز على حال؛ لأنه جعل وبيع.

ابن رُشْد: مثل سماع حسين لمُطَرِّف و أَصْبَغ في الواضحة، وزاد عن مُطَرِّف إن بطل الغرس بعد أن غرسه، قيل: لرب الأرض أعطه غرسًا مثله يغرسه ويقوم به إلى أجله، وهو نحو قول سَحنون وقول أشهب في رسم البيع من سماع أَصْبَغ من كتاب الجعل، وإليه ذهب ابن حبيب خلاف قول ابن القاسم، وروايته في المدَوَّنة وغيرها أن الإجارة لا تجوز في ذلك إلا بشرط الخلف، وزاد عن أَصْبَغ: إنما جاز ذلك؛ لأن المغارسة تمت بينهما واعترضه الفضل واعتراضه صحيح، إذ لا فرق في القياس بين أن يشترط عليه عملًا يعمله قبل الغرس أو بعده، فقول ابن القاسم في هذا السماع وقول مُطَرِّف و أَصْبَغ في الواضحة معارض لقول أَصْبَغ في نوازله.

ويتحصل فيها ثلاثة أقوال: أحدها: أنها على هذا الشرط لا تجوز كان العمل مضمونًا أم لا، وهو الآتي على قياس قول نوازل أَصْبَغ.

والثاني: جوازه إن كان مضمونًا أو في عينه، وشرط خلفه إن بطل الغرس.

والثالث: جوازه مطلقًا والحكم الخلف، ولو شرط العمل في بدنه، فإن مات بطل عقد الشرط لم يجز اتفاقًا.

الصقلي عن ابن القاسم: إن غارسه إلى الإثمار فأثمر جلها وبقي التافه فهو تبع لما أثمر ويسقط عن العامل العمل في كله، وقاله ابن حبيب، وإن أثمر ما له بال أو كان متناصفًا أو متماثلا سقط عنه عمله فيه إن كان متباينًا، وإن كان مختلطًا لزمه عمل الجميع حتى يثمر جله، وثمر ما أثمر بينهما قل أو كثر مختلطًا كان أو متباينًا.

قال: وإن نبت بعض غرسه ومات بعضه بعد بلوغه القدر الذي شرطا سقط شرط العامل فيما مات قل أو كثر، وله أن يعيد غراسته إن شاء وقوي عليه، وقال نحوه أَصْبَغ عن أشهب في العتبيَّة.

قال أَصْبَغ: وقاله ابن القاسم فيما أعلم، ولحسين بن عاصم عن ابن القاسم في العتبيَّة: إن مات أقلها وثبت جلها فالأرض وما فيها بينهما، وإن ثبت مات جلها فلا

شيء له فيما ثبت، وقاله سَحنون.

قُلتُ: لفظ سماع أشهب هو إن ماتت كلها إلا ثلاث نخلات.

قال: ما نبت بينهما وبقيت الأرض لربها.

ابن رُشْد: لا فرق على هذا القول بين ثبات الأقل أو القليل أو الأكثر أو الكثير للغارس حقه فيما ثبت على كل حال ويثبت فيما بطل على كل حال، وفي سماع حسين: القليل تبع للكثير إلا أن يكون ما ثبت أو بطل له قدر وبال، وإن كان الأقل فلا يكون تبعًا ويعطى حكم نفسه وهو قول سَحنون، ويأتي على المشهور أن المغارسة على جزء من الأجزاء جائزة على أنها لهما لازمة، والقول الأول يأتي على أنها كذلك لا تجوز إلا على وجه الجعل الذي لا يلزم المجعول له فيها العمل.

وسمع عيسى ابن القاسم: من أعطى أرضه من يغرسها شجرًا على أن الثمر بينهما بالسوية فقسما تمره أزمانًا ثم علما فساده، رد ذو الأرض للعامل ما أخذ من ثمر مثله إن وجده وإلا فقيمته، وله على العامل كراء أرضه من حين أخذها منه لا من حين أثمرت، ولذي الأرض أخذ الغرس بقيمته مقلوعًا أو أمر غارسه بقلعه.

ابن رُشْد: في كون المغارسة الفاسدة إن لم يجعل للعامل فيها جزء من الأرض كراء فاسدًا أو إجارة فاسدة قولان لهذا السماع وغيره، فعلى الأول الغلة للغارس يرد عليه ذو الأرض ما أخذ منها المكيلة إن عرفت والقيمة إن جهلت، ويقلع غرسه إلا أن يعطيه ذو الأرض قيمته مقلوعًا وقيل قائمًا، قاله يحيى في سماعه في السداد والأنهار في المعاملة الفاسدة في بناء الأنهار ولا فرق وعلى الغارس قيمة كراء الأرض.

قال: في هذا السماع من يوم أخذها، ومعناه عندي: إن أخذها في وقت يمكنه وضع الغرس فيه؛ لأنه إن أخذها قبل إمكان وضع الغرس فيه، فإنما ينعقد الكراء بينهما من يوم يمكنه وضعه فيه إذ لا منفعة له في الأرض قبل ذلك، وقيل: من يوم وضع الغرس فيها، وهو سماع يحيى؛ ومعناه: عندي من يوم يمكنه وضعه فيه فالروايتان وفاق، وكان الشُيُوخ يحملون ذلك على الخلاف فلا يوجبون عليه الكراء في رواية يحيى إلا من يوم وضع الغرس، وإن كان أخذها وقد أمكنه وضع الغرس فيها وهو محتمل،

وإن كان أخذها قبل إمكان وضع الغرس فيها فلا يصلح أن يكون عليه الكراء من يومئذ.

وفي سماع أبي زيد وحسين بن عاصم: أنه من يوم أثمرت النخل، وعلى كونها إجارة فاسدة يكون للغارس على رب الأرض قيمة غرسه من يوم وضعه بالأرض مقلوعا وأجر مثله في غرسه وقيامه عليه وكل الغلة لرب الأرض، يريد: الغارس ما أخذ منها المكيلة إن عرفت أو خرصها إن جهلت، وهذا الخلاف بناء على أن الغرس بعد غرسه باق على ملك غارسه فيكون كراء فاسدًا أو على ملك رب الأرض فتكون إجارة فاسدة.

وسمع عيسى ابن القاسم: إن غارسه أرضه على أنها إن بلغت قدر كذا وكذا، فالأصل والشجر بينهما فتطعم قبل بلوغ ذلك لم يصلح هذا، ولا يصلح إلا على قدر يكون قبل الإطعام أو إليه، فإن نزل فالثمرة لرب الأرض، وللعامل أجر مثله ولا شيء له في الأرض.

ابن رُشْد: في فاسد المغارسة التي جعل للعامل فيها جزء من الأرض لابن القاسم أحوال.

أحدها: هذا السماع فيعطي قيمة غرسه يوم وضعه بالأرض أو أجر مثله في غرسه وقيامه عليه إلى يوم الحكم، ويرد لرب الأرض ما أخذ من ثمرها وهو قول سَحنون، وهو على أن الغرس في فاسدها مطلقًا على ملك رب الأرض.

والثاني: أنه بيع فاسد في نصف الأرض فات بالغرس، فعلى الغارس فيه لرب الأرض قيمته يوم غرسه، وإجارة فاسدة في النصف الثاني لرب الأرض فيه على الغارس قيمته مقلوعًا يوم غرسه، وأجرة مثله في غرسه وقيامه به إلى يوم الحكم، وقيل: عليه للغارس نصف قيمته قائمًا يوم الحكم من أجل سقيه وعلاجه، وهو سماع عيسى ابن القاسم في رسم الجواب، وقال ابن حبيب: عليه للغارس قيمة نصف غرسه يوم بلغ، وتم وأجره من يومئذ في قيامه به إلى يوم الحكم، ويتحاسبان من له فضل على صاحبه رجع به والغلة بينهما على ما شرطاه.

والثالث: أنه بيع فاسد أيضًا؛ أي: نصف الأرض فات بالغرس على الغارس قيمته يوم فوته بالغرس، والنصف الثاني كراء فاسد على الغارس فيه لرب الأرض كراء مثله يوم أخذها أو يوم وضع الغرس فيها أو يوم أثمرت على ما تقدم، ويقلع الغارس غرسه من النصف الذي لرب الأرض بعد قسمه إلا أن يشاء رب الأرض أن يأخذه بقيمته مقلوعًا أو قائمًا، على قول يحيى في رسم استأذن وهي رواية المدنيين، وعلى هذا القول كل الغلة للعامل يرد عليه رب الأرض ما أخذ منها مكيلتها إن عرفت أو خرصها إن جهلت، وهو سماع حسين ابن عاصم ابن القاسم، وهو على أن الغرس على ملك الغارس، وهو أظهر من القول الثاني؛ لاجتماع البيع والكراء في هذه المسألة أولى من اجتماع البيع والإجارة؛ لأنهما يصيران كأنهما تما الفساد.

وسمع حسين ابن القاسم: لو اغتلاها ثم بطل الغرس وعادت الأرض براحًا فنصفها للعامل بقيمته يوم أخذها براحًا؛ لأنه لما فوتها بالغرس ضمنها بقيمتها وكل الغلة له، وعليه كراء نصف رب الأرض من يوم اغتلها، وعلى رب الأرض للغارس في نصفه الذي ذهب أجر مثله إلى بلوغ الشباب الذي سماه هلك بعد ذلك أو بقي، وإن مات الغارس قبل بلوغه ذلك الشباب فلا أجر له، كقول مالك في أجير حفر القبر إن هلك قبل تمامه فلا شيء عليه، وإن انهدم قبل فراغه فله الأجر كاملًا.

وقال سَحنون: كل الغلة لرب الأرض وللعامل أجر مثله، ويرد ما اغتل؛ لأن الغرس لو ثبت لم يكن له فيه ولا في الأرض شيء، فأحرى أن لا يكون له شيء إذا لم يثبته.

ابن رُشْد: قوله: (كان الغلة له)؛ يريد: إلى يوم بلوغ النخل ما شرطا تمام المغارسة إليه وما بعده إلى يوم الحكم بينهما، لا شيء في ذلك على واحد منهما لصاحبه العامل اغتل النصف الذي عمل، ورب الأرض اغتل النصف الذي صار بانقضاء أمد المغارسة إليه وتولى القيام لنفسه عليه.

وقوله: عليه كراء نصف رب الأرض من يوم اغتلها؛ يريد: إلى يوم بلوغ النخل الحد المشترط.

وقوله: وعلى رب الأرض للغارس إلى آخر قوله هو كلام لا يستقيم رده على ما تقدم من أن كل الغلة للعامل وعليه كراء نصف رب الأرض، إنما يصح على القول أنه يرد في نصف رب الأرض إلى أجر مثله وغلة ذلك له لا للعامل، ويرد إليه مع ذلك قيمة الغرس يوم وضعه بالأرض فهو خروج من قول إلى قول دون واسطة، وأراه سقط من الكلام شيء.

وقوله: إن مات الغرس قبل ذلك الشباب فلا أجر للغارس في نصف رب الأرض، وهو قول سَحنون خلاف معلوم مذهب ابن القاسم في المدَوَّنة، وغيرها أن له من الأجر بقدر ما مضى من العمل، إنما اختلف قوله في ذلك في المدَوَّنة إن كانت الإجارة فيما لا يملك من الأرض كالقبر في المقبرة، فإن صح هذا الكلام والاحتجاج لابن القاسم تحصل له ثلاثة أقوال على تمام عمله وأخذه له بقدره، ثالثها: إن كان فيما لا يملك من الأرض.

قُلتُ: ذكر الصقلي قول سَحنون بزيادة قال: لأن مالكًا قال في المتزارعين على ما لا يحل الزرع لرب الحب إذا تولى عمله، ولرب الأرض كراء أرضه والشجر الذي غرسها، وقام بها كما أن الزرع للذي زرعه وتولى عمله.

الصقلي: يجب على ما علل أن تكون الغلة للذي زرعه للعامل؛ لأنها ثمرة شجره كما أن له ثمرة زرعه ولرب الأرض كراء أرضه.

قُلتُ: وقع في كلام ابن رُشْد في غرم الثمرة حيث يجب.

قال فيه: في الأول من سماع عيسى أخذت المكيلة إن عرفت وخرصها إن جهلت، قاله في أول كلامه وفي آخره، وقال: في كلامه في رسم يوصي مكيلتها إن علمت وخرصها إن جهلت، كذا صححته في غير نسخة واحدة.

والصواب قيمة خرص ذلك؛ لأنه المعروف من الروايات ونص عليه ابن رُشْد في أواخر أول رسم من سماع ابن القاسم من جامع البيوع قال فيه: فيمن اشترى ثمرا قبل بدو صلاحه وجذه وفات غرم مكيلته: إن عملت وقيمة خرصه إن جهلت.

قال ابن عاصم: قلت لابن القاسم: لم جعلت للعامل قيمة الشجر مقلوعًا، وهو

غرسها بوجه شبهة.

قال: لأن رب الأرض أكراها بما يخرج منها وإلى أمد مجهول فترد إليه أرضه بحال ما خرجت من يده، ولو جعلت عليه قيمتها قائمة أدخلت عليه ما يحجبه عن أرضه؛ لأنه لو ألزم القيمة فعجز عنها بيع عليه شيء من أرضه للعامل في أجرته، ولابن حبيب: إن تعاملا على أن الثمرة بينهما فقط ما دامت الشجر فإذا هلكت فلا شيء للعامل في الأرض أو على أن الشجر دون الأرض بينهما فسخ، وردت الأرض بالشجر والغلة لرب الأرض وعليه للعامل الأقل من قيمة عمله يوم فرغ منه وتم، أو ما أنفق وثمن الغرس الذي غرس وله مع ذلك أجر يده على قيامه بالشجر إذا رجعت الغلة لرب الأرض وإن بطلت الشجر بعد تمامها قبل أن ينظر فيها، فقال الأخوان: ليس للعامل فيها قيمة ما عملا ولا رد ما أنفق؛ لأنه لم يخرج من يده شيئًا فيعوض منه إنما غرس على أن يكون ثمن غرسه في ثمرة ذلك الغرس بعينه، فإن كان غررًا فلا شيء له إذا ذهب، ولو حمل محمل الإجارة على شيء نقد من غيره لأعطي قيمته ذهبًا أو بقي، ويرد ما أخذ من الغرر إن أخذ منه شيئًا، وتمضي الغلة لمن اغتلها قبل ذهاب الشجر اغتلاها معًا أو الغارس وحده، ولا ينظر بينهما في شيء إذا ذهب الغرس، وفات موضع تصحيحه بالقيمة كما نظر في الذي فوق هذا.

وقال أَصْبَغ: إن ذهب قبل الحكم بتصحيحه، وقد تم وفرغ فللعامل قيمة عمله يوم تم قائمًا غير ذاهب كشرائه بثمن فاسد، ثم فات وفواته الفراغ منه فلربه القيمة يومئذ وكمل الغلة لرب الأرض.

ابن حبيب: بالأول أقول وإنما تصح حجة أَصْبَغ في الأول؛ لأنه أعطاه فيها نصف الأرض ثمن غرسه النصف الآخر، فإذا غرسه وجب له ما أعطى وصار ما فرغ لرب الأرض صحيحة كانت معا معاملتهما أو فاسدة.

وسمع حسين ابن القاسم: إن غارسه على النصف ولم يذكر الأرض ولا الثمر فقال العامل: عاملتك على أن لي نصف الأرض بغرسها، وقال رب الأرض: بل على نصف الثمرة فقط أو نصف الشجر فقط حملا على سنة البلد، فإن كان التعامل في البلد

بالوجهين فالقول قول العامل مدعي الحلال مع يمينه.

وسمعه أبو زيد: إن ادعى أحدهما الحلال والآخر الحرام، فإن كان غالب البلد الحرام سلك بهما سبيله، إن لم تثمر النخل أخذها العامل مقلوعة إلا أن يعطيه رب الأرض قيمتها مقلوعة ولا شيء له في عمل ولا سقي، وإن أثمرت فالثمرة له ولرب الأرض كراء أرضه يوم أثمرت النخل وإن كان عمل البلد الحلال حملًا عليه، وإن كان عملهما بالوجهين حلفًا وفسخ ما بينهما.

ابن رُشْد: تكلم أول المسألة على الفوات، وفي آخرها على القيام، وبنا قوله على أن لا مزية لمدعي الحلال على مدعي الحرام.

وقوله: سلك بهما سبيله، يريد بعد حلف مدعي الحلال ولا كراء عليه في الأرض إذا لم تثمر النخل إذ لم ينتفع بها، وإن أثمرت فعليه الكراء من يوم أثمرت، وتقدم الخلاف فيه، ولو لم يشهد العرف لأحدهما أو شهد لهما فقياس هذه الرواية أن القول قول من ادعي عليه أكثر مما يجب عليه بمقتضى دعواه.

وقال في آخرها في القيام: إن كان عمل البلد بالوجهين فسخ ما بينهما، وتحصيله إن اختلفا قبل الفوت فعلى لغو الأشبه في القيام تحالفا وتفاسخا هذا نص قولهم، ومقتضى النظر أن يحلف مدعي الحرام فيفسخ البيع، فإن نكل حلف مدعي الحلال وثبت البيع، وعلى رعي الأشبه في القيام فعلى قوله هذا الذي لم ير فيه لمدعي الحلال مزية القول قول مدعي العرف منهما، فإن شهد العرف لهما أو لم يشهد لواحد منهما حلفًا وفسخ ما بينهما، وعلى مشهور المذهب القول قول مدعي الحلال إلا أن يشهد العرف لمدعي الحرام دونه، وإن اختلفا بعد الفوت فلا خلاف في رعي الأشبه، فعلى المشهور القول قول مدعي الحلال إلا أن يشهد العرف بالفساد، وعلى سماع أبي زيد القول قول من شهد له العرف، فإن لم يشهد لأحدهما فقط فالقول قول من ادعى عليه أكثر مما يلزمه بمقتضى دعواه.

وفي نوازل أَصْبَغ: إن شرط رب الأرض على الغارس بناء جدار على الأرض أو زربًا لضرورة حفظها على أن له نصفه مع نصف الأرض جاز إن قلّت مئونته.

قال: ولو عمل بعض الغرس أو جله، ثم عجز أو غاب فأدخل رب الأرض من أتم عمله أو أتمه هو فقدم الأول فطلب حقه فيما كان غرس، فإن كان غائبًا أو حاضرًا حضورًا لم يقطع عليه برؤية التسليم، فهو على حقه ويعطى من كفاه فيما لم يسرف فيه ما لو كان هو العامل لزمه مثله.

ابن رُشْد: قوله هذا خلاف قول ابن القاسم في سماع يحيى في البضائع والوكالات في الخصام، ولقول ابن القاسم وسَحنون في كتاب الجعل في الأجيرين في حفر بئر يمرض أحدهما، ويحفر الآخر أنه متطوع: قال ابن القاسم: لصاحبه، وقال سَحنون: لرب البئر حمل ابن القاسم الإجارة على أنها مضمونة على كل واحد منهما، وحملها سَحنون على أنها معينة فانفسخت بالمرض، ولم يفرق واحد منهم بين أن يكون لرب الأرض أو البئر أو الشريك عبيد أو أجراء لا يحتاج من أجلهم إلى الاستئجار على ما عمل له، كما فرق في ذلك في سماع أبي زيد من كتاب الجعل والإجارة فقيل: هي مفسرة للقولين، وقيل: هي قول ثالث وهو الأظهر، ولو لم يطلب الأول حقه وقال: لا حاجة لي به، وطلب الذي كفاه ما كفاه به وأتمه لتخرج على الخلاف في لزوم المغارسة قياسًا على المساقاة وعدم لزومها قياسًا على الجعل، ولو عجز قبل أن تفوت المغارسة في الأرض فغارس رب الأرض فيها غيره لكان الأول على حقه وغرم قيمة عمل الثاني له أو لرب الأرض إن لم يرد الثاني الرجوع إلا على رب الأرض.

كتاب الإجارة

[كتاب الإجارة]

الإجارة: بيع منفعة ما أمكن نقله غير سفينة، ولا حيوان لا يعقل بعوض غير ناشئ عنها بعضه يتبعض كتبعيضها[1]، فيخرج كراء الدور والسفن والرواحل

(1) قال الرَّصاع: قوله: (بيع منفعة) صير الإجارة من قسم البيع مع أنها خارجة عن البيع الأعم وعن الأخص ولعله أطلق البيع، فلو قال: عقد على منفعة لكان صوابًا إلا أن يراعي اللغة وفيه بحث والله أعلم.

قوله: (منفعة) المنفعة يأتي تعريفها بعد وهي من أركانها وأخرج به بيع الذات.

قوله: (ما أمكن نقله) أخرج به كراء الدور والأرضين، وانظر في حد الموهوب على أي شيء أطلق النقل مع ما هنا.

قوله: (غير سفينة) نصب على الحال أخرج به كراء السفن.

قوله: (ولا حيوان لا يعقل) أخرج به كراء الرواحل.

قوله: (بعوض) جزء من أجزائها ثم وصفه بأنه غير ناشئ عنها ليخرج به القرض والمساقاة والمغارسة.

(فإن قلت): أما القراض والمغارسة والمساقاة فتخرج بقوله غير ناشئ عنها وأما الجعل فيخرج بقوله يتبعض بتبعيضها وذكر التبعيض أي شيء أخرج به.

(قُلتُ): يأتي ما فيه ثم انتقض على القاضي في قوله معاوضة على منافع الأعيان.

قال:: لا يخفى بطلان طرده يعني بالصور السابقة، ثم قال: ونحوه قول عياض: بيع منافع معلومة بعوض معلوم أورد عليه ما أورد على القاضي مع عدم عكسه لخروج فاسدها، ثم إن الشَّيخ ذكر مسألة المدَوَّنة في قولها: يجوز أن يستأجر طريقا في دار وتأولها على المجاز؛ لأنه أخف من الاشتراك.

(فإن قلت): لأي شيء تأولها.

(قُلتُ): لئلا يرد ذلك عليه في إخراج الأرض من حده، فيقال له: قد أطلق عليها فيها إجارة والأصل الحقيقة فهي يطلب إدخالها لا إخراجها، فأجاب: بما رأيت، وتقدم إشكال ذلك بما قدمه في الأيمان وغيرها بأن الأصل الحقيقة، فإن صح ما هنا فهو يرد على استدلاله هناك وإن صح ما هناك بطل تأويله هنا، وتقدم له ما يصلح الفهم به - رحمه الله ورضي عنه- وتسامح ﷺ بذكر المنفعة في هذا الرسم، ورسمها يأتي له بعد قوله: بعضه يتبعض بتبعيضها.

(فإن قلت): أي شيء أخرج بهذا القيد، وهو قوله: بعضه يتبعض، وهلا اكتفى بقوله يتبعض لخروج الجعالة وما في معناه.

(قُلتُ): كان يشكل علي فهمه وعلى من رأيته يقرره ثم رأيت عن الشَّيخ سيدي عيسى أنه قال: قوله:

بعضه يتبعض بتبعيضها ليدخل صورة من صور الجعل وهي ما إذا استأجره على حمل خشبة فحمل بعض الطريق، فإن حمل آخر نصف الطريق الآخر فإنهما يقتسمان الجعل، وكذا في حفر البئر وهي منصوصة، وهذا زاد إشكالًا على ما رأيت إذا تأملته فإن صورة الجعل المراد إخراجها لا إدخالها، ثم وقفت على خط بعض أشياخي من تلامذته أنه قال: لما قرر ذلك اللفظ بمجلس المؤلف غفر الله له ونفع به أشكل فهمه عليه وعلى أهل مجلسه، فافترق المجلس من غير جواب فلما كان من الغد ذكر لنا الشَّيخ:: أنه اهتم غاية الاهتمام وأنه فكر في ذلك جالسًا ومضطجعًا فلم يذكر من ذلك شيئًا قال:: فنويت أن أصلي ركعتين، وأرغب إلى الله تعالى في تيسير فهمه، ثم فتح الله علي سبحانه بفهم قولي بعضه يتبعض بتبعيضها، وأني ذكرته خوفًا من نقض عكس الحد لأجل قوله تعالى: ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هَٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِي﴾ [القصص: 27]؛ لأن هذه الصورة أجمعوا على أنها إجارة عوضها البضع وهو لا يتبعض فلو أسقطت بعضه وقلت يتبعض بتبعيضها لخرجت هذه الصورة من الحد فكان غير منعكس وهي إجارة شرعية، وقد ذكرها الفقهاء في الاستدلال على جواز الإجارة، ثم مما وجد مكتوبًا بخط المؤلف: على طرة نسخته بعضه من قولي بعضه يتبعض بتبعيضها ذكرته خوف نقض عكسه بمثل قوله ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ﴾ [القصص: 27] الآية، فإنها إجارة إجماعًا ولقوله ﴿يَٰٓأَبَتِ ٱسْتَـْٔجِرْهُ﴾ [القصص: 26]، والعوض فيها لا يتبعض، وهذا موافق لما قيده من ذكرنا عنه.

(فإن قلت): هذه الزيادة يقال: إن صححت عدم عكس الحد فإنها توقع في الإبهام وفي التعريف؛ لأن البعض الذي لا يتبعض من الإجارة ليس في اللفظ ما يعينه بوجه.

(قُلتُ): لا يخلو من نظر فيه وإبهام.

(فإن قلت): هل يرد عليه: ما تأول به مسألة المدَوَّنة الآن، وقال: إن ذلك مجاز وهو أسهل من دعوى الاشتراك كما قلتم في المدَوَّنة فلا يخل ذلك بالعكس؛ لأن المقصود خروجه، والأصل عدم زيادة لفظ احتمال المجاز.

(قُلتُ): لعله لما قال أطلقوه فكأنه قال: بإجماع ولم يتأولوه واستدلوا به على أصل الإجارة، وذلك كله يؤذن بمراعاة الحقيقة الشرعية بخلاف مسألة المدَوَّنة، فإنه لما يفرض لها ما يقوي حقيقتها، وهذا يمكن الانفصال به والله سبحانه أعلم بغيبه وهو الموفق، وقد وجد ما ذكرنا مكتوبًا بخط الشَّيخ على مختصره، ونقل عن الشَّيخ سيدي عيسى - رحمه الله ونفع به- أنه قال: إنما كتبته على مختصره في آخر عمره حيث كان يصعب عليه فهم كلامه قال: وفيه من التكلف ما تراه؛ لأن الدلالة حينئذ على إدخال قضية شعيب بالمفهوم، ويكون حينئذ الجعل غير خارج عن الرسم؛ لأنه إذا كان بعض صور هذا البيع يتبعض فكذا بعض صور الجعل، ويكون قوله على هذا حشو وحين قراءتنا عليه ما كان يقرره على هذا أعني على أن الضمير من بعضه عائد على البيع بل على أنه عائد على العوض؛ أي:

والقراض والمساقاة والمغارسة والجعل، وقول القاضي: هي معاوضة على منافع الأعيان لا يخفى بطلان طرده، ونحوه قول عياض بيع منافع معلومة بعوض معلوم مع خروج فاسدها، وقولها: يجوز أن يستأجر طريقًا في دار رجل أو مسيل مصب مرحاض مجاز؛ لأنه أحق من الاشتراك محمد وهي جائزة إجماعًا.

الصقلي: خلاف الأصم فيها لغو؛ لأنه مبتدع.

[باب في أركان الإجارة]

وفيها: مع غيرها عقدها لازم كالبيع.

ابن شاس: أركانها ثلاثة الأول العاقدان، ولا يخفى أمرهما ابن الحاجب كالمتعاقدين كالمتبايعين[1].

قُلتُ: هذا ظاهر المذهب فلا تمضي ممن حكم بحجره، وفيها: من واجر ابنه

=

بعض العوض يتبعض بتبعيض المنفعة، وقصد بذلك إخراج الجعل قال: ويدلك على ذلك أنه ذكر ما يخرج من الحد على سبيل الترتيب فذكر ما يخرج بالقيد الأول أولا، وما يخرج بالثاني ثانيًا إلى آخرها وآخر ما ذكر فيها الجعل، وآخر قيد في الحد هو قوله بعضه يتبعض بتبعيضها فيكون على هذا التبعيض فصلا لعوض الإجارة أو خاصة لها إذ ما من صورة من صور الإجارة إلا ويصح تبعيض العوض فيها؛ لأن التبعيض ليس خاصة، ولا فصلا له إذ لو كان كذلك لتبعض العوض في كل صورة وليس كذلك، وإنما التبعيض في بعض الصور فهو عرض عام بالنسبة إلى بعض صور الجعل؛ لأن أكثر صوره لا يتبعض العوض فيها، وهذا واضح وأن قضية شعيب صلوات الله عليه تكون خارجة عن الحد على أنها إجارة.

قال: ويمكن أن يقال إن التبعيض فيها حاصل؛ لأنه لو أعمل بعض العوض خاصة لرجع فيه بمناب ما بقي من صداق المثل.

(1) قال الرَّصاع: لم يعبر الشَّيخ عن ذلك، وقد تكلم على الأجر بعد وعلى المنفعة، ونقل عن ابن شاس أن أركانها ثلاثة قال: الأول العاقدان.

قال: وقال ابن الحاجب: العاقدان كالمتبايعين.

قال الشَّيخ: هذا ظاهر المذهب، ثم ذكر ما يدل على ذلك وظاهره أنه سلم الركنية، وقد تقدم له الاعتراض على ابن الحاجب وابن شاس في باب الطلاق انظره والله الموفق.

ليخدمه فإن كان الابن محتلمًا جاز، ولابن فتوح عن ابن حبيب عن الأخوين: لا بأس بإجارة اليتيم نفسه إن عقل، وفهم ما ينظر فيه لنفسه وكان نظرًا له ويكون قبضه تلك الأجرة براءة لمستأجره ما لم يكن لها بال وقدر، فإن غبن في إجارته فعلى المستأجر تمامها كان معه وليه أم لا، وكذا إن عقد عليه أخوه أو أمه لزمه إن كان نظرًا وبرئ المستأجر بدفع الأجرة إليهم ولا يجوز لليتيم أن يؤاجر نفسه دون إذن وصيه، فإن فعل وحمل فله الأكثر من المسمى أو أجر المثل وفسخ ما بقي.

قُلتُ: أول كلامه وآخره متنافيان لاقتضاء أوله الجواز، واقتضاء آخره المنع ولفظ النوادر.

قال مُطَرِّف وابن الماجِشُون: لا بأس أن يستأجر الرجل الغلام لم يبلغ والجارية لم تحض من أنفسهما إن عقلا - إلى قوله -: وما كان في إجارتهما من محاباة فعلى المستأجر تمامها كان معهما ولي أم لا، وكذا لو عقد ذلك عليهما أخ أو عم ودفع الأجرة عليهما يبرئه إن كان الولي مأمونًا، ولو كان من الإمام كان أحب إلينا، وقال: مثله ابن عبد الحَكم و أَصْبَغ ولا ينبغي أن يؤاجر إلا المأمون.

قُلتُ: والأظهر أن هذا خلاف المعروف في تصرف اليتيم حسبما تقدم في فصل بيعه وفيها من واجر صغيرًا في عمل بغير إذن وليه لم يجز، فإن فعل فعليه الأكثر مما سمى أو أجر مثله، وكذا العبد بغير إذن سيده وحكم عطبهما.

تقدم في الغصب: ابن فتوح: لا يجوز للأب أن يؤاجر ابنه الصغير لعمل أو خدمة إلا أن يكون الأب فقيرًا أو مقلًا، أو يريد بعمله العمل فيجوز، وشفق عليه من أجرة عمله وما فضل حبس للصبي، وليس للأب أكل ما فضل من عمله لشهر أو لعام وإن كان فقيرًا خوف أن لا يمكن للصبي عمل فيما يستقبل أو يمرض فإن كان الأب غنيا فليس له أن يؤاجر ابنه ويقضي عليه بنفقته ويصرفه فيما يصلح لمثله من تعليم وتأديب أو يعرضه لصناعة أو تجر.

قال أحمد بن سعيد: وقول بعضهم لا يجوز له مؤاجرته إن كان له مال، أو للابن وهم؛ لأن المال يذهب فتعليم الآباء الأبناء الصناعات من الحزم والنظر، وقد علم الله

تعالى كثيرًا من أنبيائه عليهم الصلاة والسلام الأعمال ورضيها لهم، كان نوح نجارًا وآدم أول من حرث بيده، وإدريس كان خياطًا، وإبراهيم كان بزازًا، وداود كان يصنع الدروع، وفي طرر ابن عات عن ابن مغيث: للأب مؤاجرة ابنه الصغير، ولو كان الأب غنيًا إن أراد تعليمه لما يتقي من العواقب.

وقال يحيى بن أيوب الوتد، وابن الهندي وغيرهم: ابن مغيث، وقول بعض الفقهاء: لا يجوز أن يؤاجره إن كان الأب غنيًا وهم؛ لأن المال قد يذهب فيجد صنعته.

قُلتُ: كذا نقل هذا الكلام غير واحد من الموثقين وفيه تعسف على من نسب له الوهم أو وهم من وهمه؛ لأنه إنما منع من إجارته لا من تعليمه الصنعة، وربما كانت مؤاجرة الأولاد نقمًا عليهم باعتبار بيتهم، ومنصب إسلامهم في مال أمرهم.

المتيطي في سابع الثمانية ل أَصْبَغ: يجوز للأب مؤاجرة ابنته البكر إن كان فقيرًا، وكان نظرا لها وله الانتفاع بأجرتها إن افتقر إليه، ولا يؤاجرها السنين الكثيرة جدًا ولا بأس به في ثلاث سنين.

قال المتيطي وابن فتوح: ويجوز عقد الحاضنة على محضونها أما كانت أو غيرها، ولا ينفسخ إلا أن يزاد الصبي في أجرته فتقبل الزيادة، ويفسخ عقد الأم وينظر له في أحسن المواضع ولو كان بأقل من موضع أخر، ولا تقبل الزيادة في عقد الوصي إلا أن يثبت أن فيه غبنًا على اليتيم.

قُلتُ: الأظهر أن عقد الحاضنة كالوصي.

المتيطي: إن استؤجر ابن من أبيه فاحتلم قبل تمام المدة أو اليتيم من وصيه فرشد قبل ذلك لم يلزمه باقي المدة، إلا أن يكون كالشهر ولا يؤاجره وصي ولا أب بعد احتلامه.

قال يحيى: ورشده.

قُلتُ: هو نص قولها إلا زيادة يحيى وفيها من واجر عبده ثم باعه فالإجارة أولى به، فإن كانت الأجرة كاليومين جاز البيع وإن بعد الأجل فسخ وليس للمبتاع أخذه بعد الإجارة.

الصقلي: اختلف أصحابنا إن كانت لشهر ولم يعلم بها المبتاع حتى انقضت الإجارة، فقال بعضهم: يلزم البيع كعيب ذهب وأجرة الشهر للمبتاع ولو كره البائع ولا يدخله ذهب وعبد بذهب؛ لأن الحكم أوجبه ولم يتعاملا عليه، وقال الآخرون: الأجرة لبائعه يخير المبتاع في قبوله بغير أجر ورده ولا يجوز أن يتراضيا على أخذه المبتاع مع الإجارة؛ لأنه عبد وذهب بذهب، وقيل: يقوم العبد على أن يقبض يوم عقد بيعه ويقوم على أن يقبض بعد شهر فما نقص رجع بحصته من الثمن وهذا أحسنها.

قُلتُ: يرد بأن ما اطلع عليه إن لم يكن عيبًا فلا مقال لمبتاعه وإلا خير؛ لأن العبد قائم لم يفت ولا حدث به عيب، والثاني أظهرها وفي نقل هذه الأقوال في التنبيهات تكرار فتأمله عبد الحق معنى قوله: إن كانت الإجارة يومين أنه إن لم يرض المشتري فله رد البيع إن لم يكن علم أنه في الإجارة، وليس كالأمة المحرمة بقرب إحلالها والمعتدة بقرب تمام عدتها مدى يلزم فيه البيع؛ لأن منافع الأمة من خدمة وغيرها قائمة للمبتاع، وزاد عياض في الأولى: أنه كعيب ذهب ويلزم المبتاع.

قال: واختلف في تأويل قوله في الكتاب إن كان أمد الإجارة بعيدا فسخ البيع، وليس له أخذه بعد الإجارة فظاهر مساق أبي محمد وابن أبي زَمَنَيْن وأكثرهم أن ذلك قبل انقضاء أمد الإجارة لا بعد انقضائها.

[باب الأجر]

وظاهره عندي وهو مفهوم مساق أبي إسحاق أنه بعد انقضائه الأجر كالثمن يطلب كونه معروفًا قدرًا أو صفة[1]، سمع ابن القاسم لا بأس باستعمال الخياط

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (كالثمن يطلب كونه معروفا... إلخ) ويستغنى عن قوله: (كالثمن)؛ لأنه يؤدي معناه وهو أخصر منه.

قُلتُ: أشار إلى أن الأجر كالثمن طلب الشرع فيه المعرفة والإجارة كالبيع، وإنما عدل عن لفظ الشرط - إلى قوله -: يطلب؛ لأن الطلب أخف من الشرط؛ لأنه قد يطلب ابتداء ويستخف الأمر إذا وقع.

(فإن قلت): قد قال في البيوع: جهل الثمن مطلقًا مانع فهل هو ضد في المعنى لما ذكر هنا فإن كان

المخالط الذي لا يكاد يخالف مستعمله دون تسمية أجر إذا فرغ راضاه بشيء يعطيه ابن رُشْد؛ لأن الناس استجازوه كما يعطى الحجام وفي الحمام وفي المنع منه حرج في الدين، وغلو فيه وكره النخعي أن يستعمل الصانع إلا بشيء معلوم وقاله ابن حبيب.

[باب فيما يجب تعجيله من الأجر في الإجارة]

وفيها: إن واجرته على إن خاطه اليوم فله درهم، وإن خاطه غدًا فنصف درهم، وإن خاطه خياطة رومية فبدرهم وإن خاطه خياطة عربية فنصف درهم لم يجز، وهو من وجه بيعتين في بيعة إن خاطه فله أجر مثله مطلقًا كالقيمة في البيع الفاسد.

قال غيره في الأولى: إلا أن يزيد على درهم أو ينقص عن نصف درهم وقدروه ما حاصله تقدير الخياطة بحال ما فعلت من تعجيل وتأخير(1).

كذلك فيقال هنا يطلب كونه معروفًا مطلقًا وهو أخصر.

(قُلتُ): الإطلاق المذكور في جهل الثمن في البيع في الفصل الذي ذكر فيه ذلك المراد به ما جهل جملة وتفصيلا؛ ولذا فرع على ذلك ما يخص كل قسم، والمراد هنا ما يطلب في أصل الثمن من المعرفة، ويقابل ذلك الجهل بالثمن في جميع أنواعه كبيعتين في بيعة وما شابه ذلك؛ ولذلك ذكر الشَّيخ هنا ما شابه ذلك لما كان الأجر فيه مجهولًا، وكذلك ذكر ما يتعلق بها يجب تعجيله من الأجر وما لا يجب وما يجوز تأخيره، وذلك كله داخل تحت قوله: قدرًا وصفة، وقال: بعد إذا كان الأجر عينًا معينة وذكر مسألة المدَوَّنة.

(فإن قلت): ظاهر شرطه المذكور وإن الأجر كالثمن في البيع يطلب كونه معروفًا قدرًا، وصفة في أصل العقد مخالف لما وقع في المدَوَّنة أنه قال: إذا قال احصد زرعي فما حصدت ولقطت فلك نصفه إن ذلك جائز مع أنه حين العقد لا يعرف قدره ولا صفته.

(قُلتُ): هذه المسألة أجازها فيها على أنها جعالة؛ ولذا قال: وله الترك متى شاء؛ لأنه جعل وذكر عن الغير فيها أن ذلك لا يجوز، ووجه الشَّيخ: القولين على ذلك بناء على أن الاكتفاء في علم قدر الجعل بالنسبة للجاعل بمجرد معرفة نسبته لما يحصل له، وللمجعول له بعلمه به حين فعله أو اشتراط علم قدره في العقد كالبيع، وذكر في المدَوَّنة: إذا قال اعصر زيتوني ولك نصف ما عصرت أنه لا يجوز، ولا معارضة بين هذه ومسألة الزرع؛ لأن ذلك لا يدرى كيف يخرج بخلاف الحصاد والله سبحانه أعلم وبه التوفيق.

(1) قال الرَّصاع: قال: العوض المعين يعني إذا استأجر أو اكترى بمعين من عرض أو حيوان أو طعام

قُلتُ: وينبغي إن خاطه لأبعد من طول الأجلين أن تكون فيه القيمة ولو كانت أقل من نصف درهم، وسمع ابن القاسم: من واجر غلمانًا للخياطة شهرًا بأجر سمي فطرح على غلام منهم بعض ثياب يحكيها في يوم تمامه في يوم لا يحسبه من الشهر إن كان ذلك شيئًا يسيرًا يومًا وشبهه، ويعرف أنه إن اجتهد فيه فرغ منه من يومه فلا بأس به وإن كثر كرهته.

ابن رُشْد: إن فرغ منها في بعضه فله بقية يومه، وإن لم يفرغ منه كان عليه؛ لأنه في الكثير كعشرة أيام غرر إن خاطها في خمسة استوجب أجرة في خمسة وعشرين يومًا، وإن خاطها في خمسة عشر استوجبه في خمسة وثلاثين يومًا فصار أجره مجهولًا فإن نزل وخاطها في أقل من عشرة لم يلزمه عمل بقيتها؛ لأنه يقول أجهدت نفسي بها لا يلزمني وإن خاطها في أكثر منها لم يلزم المستأجر أن يحسب له الزائد على العشرة؛ لأنه يقول فرطت، ولو اجتهدت الاجتهاد الذي يلزمك لفرغت منها في أقل من عشرة.

وفيها: وإذا أراد الصناع والأجراء تعجيل الأجر قبل الفراغ وامتنع رب العمل.

قُلتُ: وينبغي إن خاطه لأبعد من أطول الأجلين أن يكون فيه القيم، ولو كانت أقل من نصف درهم حملوا على المتعارف بين الناس فيه، فإن لم يكن لهم سنة لم يقض لهم إلا بعد الفراغ.

وله في كراء الدار والراحلة وبيع السلع ونحوه بقدر ما مضى ابن القُصَّار كل ما مضى يوم استحق أجره.

زاد اللخمي: وقال مالك في العتبيَّة: كل شيء اشترط عمله بيده فطلب تقديم أجره فليس له ذلك حتى يبدأ في عمله فيقدم له أجره.

قُلتُ: ظاهره أن معنى قول مالك أنه يجب له تقديم أجره ببدايته في العمل، وليس

فإنه يجب تعجيله إن تشاحا في نقده فإن كانت سنة البلد النقد جاز ذلك، وإن كانت سنة البلد التأخير أو نصًّا على التأخير فلا يجوز ذلك، وقد ذكر الصقلي عن ابن حبيب إذا كان العرف التأخير الجواز، ويحكم بالنقد حتى ينصا على التأخير، وانظر بحث الشَّيخ هنا: وهنا مسائل محتاج إليها والله الموفق.

الأمر كذلك؛ لأن لفظ السماع من استأجر صانعًا على عمل عرف أنه يعمله بيده أو شرطه عليه فسأله تقديم أجره، وهو يقول لا أعمله إلى شهر لا يصلح تقديم أجره له حتى يبدأ في عمله فإن بدأه قدمه إليه إن شاء، فإن مات قبل تمامه كان له بحساب ما عمل ولم يكن له في مال العامل تمام العمل.

ابن رُشْد: الإجارة على عمل معين كنسج الغزل إن كان مضمونًا في الذمة لم يجز إلا بتعجيل الأجر والشروع، وإن تأخرا كان الدين بالدين فلا يجوز إلا بتعجيل الطرفين أو أحدهما.

قُلتُ: قال في المقدمات: الإجارة الثانية حكمها حكم السلم في تقديم الأجر وضرب الأجل ووصف العمل، وقال القاضي: يجب تعجيل الأجرة أو الشروع في الاستيفاء؛ يريد: إن كان العمل يسير ليخرج عن الدين بالدين.

قال في السماع: وإن كان متعينًا في عينه جاز تعجيل الأجر وتأخيره على أن يشرع في العمل، فإن لم يشرع فيه إلا إلى أجل لم يجز النقد إلا عند الشروع، فإن صرح بأن العمل مضمون كقوله أستأجرك على كذا في ذمتك إن شئت عملته بيدك أو بغيرك أو بتعيينه كأستأجرك على عمل كذا بنفسك أعطي كل منهما حكمه وإن لم يقع تصريح، وظاهر اللفظ أنه مضمون كقوله: أعطيك كذا على خياطة هذا الثوب حمل على المضمون اتفاقًا، إلا أن يعرف أنه يعمله بيده، أو كان مقصودًا عمله لرفقه وإحكامه وأن ظاهره التعيين كأستأجرك على خياطة هذا الثوب، أو على أن تخيطه ولا يقول أنت ففي حمله على المضمون أو المعين قولان لظاهر هذا السماع مع ابن حبيب عن أَصْبَغ ومالك، وإلا في على ربهم لم يدرك من سماع عيسى من الأيمان بالطلاق.

قُلتُ: وله في مسائل الرواحل والدواب: زيادة وتفسخ الإجارة في المعين يموت الأجير لا في المضمون، ويكون العمل في ماله أو ما بقي منه، وفي فسخها في الوجهين بهلاك المتاع المتاجر، عليه قولان المشهور على ما يأتي في رسم المحرم في هذا السماع وسماع يحيى ابن رُشْد، وقوله: (إن بدأ في عمله قدم أجره إن شاء) يدل على أنه لا يجب عليه إلا بشرط أو عرف، فإن لم يكن أحدهما لم يجب إلا بتمام العمل بخلاف الأكرية

وهو نصها في كتاب الجعل، وقوله في: (لا أعمله إلى شهر) لا يصلح تقديم أجره حتى يبدأ يدل على جواز الإجارة إن لم يقدم الأجر، وهو نحو قولها في الرواحل يجوز كراء الراحلة بعينها على أن يركبها إلى شهر إن لم ينقد.

وقال ابن حبيب: من استأجر أجيرًا على أن يشرع في عمل إلى أيام لم يجز إلا إلى الأيام القليلة كالجمعة فيحتمل أن معناه: مع النقد فتتفق الأقوال.

ابن فتوح: إن قام من واجر عبده بطلب أجره بعد تمام عمله فأجرته تجري مجرى الحقوق في الفسحة ضرب الأجل إذا وجب ذلك، وأجر العبد الذي يواجر نفسه أو الحر إذا طلب ذلك بعد الخدمة.

قال ابن حبيب: لا ينبغي أن يحملا كالحقوق عند وجوبها، ويجب تعجيل أجرها لا تؤجل لقوله ﷺ: **«أعطوا الأجير حقه قبل أن يجف عرقه»**[1] إلا أن يؤخر الأجير من استأجره بأجرة سنة، ثم طلبها بعد ذلك فيحمل محمل الحقوق في الفسحة وضرب الأجل.

ابن الحاجب: ولا يعجل الأجر إلا بشرط أو عادة إلا أن يكون عرضًا معينًا، أو على إجارة مضمونة.

قُلتُ: ظاهره وجوب تعجيله في الإجارة المضمونة مطلقًا، ولو قدمته وهو خلاف ظاهر المذهب حسبما تقدم في كلام ابن رُشْد، وقاله الشَّيخ أيضًا، والعرض المعين أجرًا كشرائه يجب تعجيله في أول الرواحل، منها من اكترى دابة أو استأجر أجيرًا بمعين من عرض أو صوان أو طعام فتشاحا في نقده ولم يشترطا شيئًا، فإن كانت سنة البلد في الكراء النقد جاز وقضي بقبضه، وإلا لم يجز الكراء ولو عجلت هذه الأشياء كبيعها على أن لا يقبض إلا إلى شهر.

الصقلي: قول ابن حبيب: وفيها يفسد الكراء بتأخيره والجواز حتى ينصا على

(1) أخرجه ابن ماجه: رقم (2443) كتاب الرهون باب أجر الأجراء، والبيهقي في الكبرى: رقم (11439) كتاب الإجارة باب إثم من منع الأجير أجره.

التأخير ولو كان العرف التأخير، وكذا نقله اللخمي.

الصقلي: وقول ابن القاسم أحسن؛ لأن عقد الكراء لا يوجب نقد ثمنه بخلاف شراء السلع؛ لأنها تقبض بنفس دفع عوضها والمنافع لا يمكن ذلك فيها، ورجح اللخمي قول ابن حبيب.

قال: لأنه لو باع سلعته بثمن إلى أجل حملا على تعجيل قبضها.

قال: وكون الكراء بها لا يصلح تأخيره والرطب واللحم والمقتات محمول على النقد؛ لأنه لا يقصد تأخيره.

قُلتُ: الأولى أن يقول بقصد تعجيله، وقبل ابن شاس إجراء الطرطوشي قولي ابن القاسم، وابن حبيب في اعتبار العرف الفاسد ولغوه، قال: وهو قول ابن الماجِشُون، وغيره من المدعيين وتبعه ابن الحاجب، ويرد باقتضائه قصر قول ابن القاسم بالفساد على كون العرف التأخير، وظاهر قوله أو نصه فيها: أنه إن لم يكن العرف بالتعجيل، ولا شرطاه فالعقد فاسد كان العرف التأخير، وظاهر قوله أم لا بل هما بناء على تغليب اقتضاء تعذر تعجيل قبض المنفعة تأخير عوضها، أو تغليب اقتضاء العقد التعجيل كالبيع ولو كان مؤجلا ثمنه حسبما تقدم من كلام الصقلي واللخمي.

قال ابن الحاجب: ومنافع المعين كالمعين ولذلك جاز سكنى بسكنى دارسته وأولها متفق أو مختلف ابن هارون يعني: أنه لا يجب نقد الأجر في منافع المعين بل يجوز بدء من غير أنه لا يجوز أخذ منافعه عن دين بخلاف المعين، ولكونها كالمعين جاز سكنى دار سنة بسكنى دار ولو اختلفت السنة.

وقال ابن عبد السلام: يعني: أن حكم منافع المعين في كونها عوضًا في الإجارة حكم المعين، وقوله: وأولها متفق أو مختلف؛ أي: سواء كان أول سكنى الدارين متفقًا من يوم العقد أو بعده بشهر أو مختلفًا لكون إحداهما من يوم العقد، والأخرى بعد ذلك بشهر.

قُلتُ: تفسيره قوله: (أو مختلف) بقوله: (يجوز على أن سكنى إحداهما من يوم العقد والأخرى بعده بشهر مع كونها عنده كالمعين) غير صحيح؛ لأنه يصير ككراء دار

بعرض معين على أن يقبضه بعد شهر وهذا غير جائز حسبما تقدم هنا، وفي البيوع والأقرب تفسير ابن هارون وواضح من المذهب أن منافع المعين كالمعين في بيعها بدين لا في تأخير قبضها على العقد؛ لأنه لا يجوز تأخير قبض المعين عن عقد بيعه شهرًا بشرط، ويجوز ذلك في منافع المعين من دار أو أرض بخلاف الحيوان حسبما يأتي إن شاء الله تعالى؛ لأن المعين من غير المنافع لا يجوز تأخيره لوجهين للغرر في بنائه غير متغير، واحتمال الضمان بالجعل بالزيادة في ثمنه لضمانه بائعه مدة التأخير حسبما قاله أشهب في السلم الأول منها، ومنافع المعين لا يتصور فيها الضمان بالجعل؛ لأنها على ملك بائعها تقتضي والغرر فيها لمثل ذلك التأخير منتف لأمن الرباع، وفي أكرية الدور منها لا بأس بكراء دار أو أرض بأرض وكراء أرض تزرعها العام بأرضك يزرعها قابلًا إن كانت أرضك مأمونة، وسمع القرينان لا بأس أن يقول الرجل العامل لمثله أعني خمسة أيام، وأعينك خمسة أيام في حصاد زرعه ودرسه وعمله ابن رُشْد؛ لأنه من الرفق ومنعه ضرر بالناس؛ لأن الكثير منهم لا يقدر على الاستئجار، وإن قدر ربما استغرقته الإجارة فكان ذلك ضرورة تبيح ذلك، وإنما يجوز ذلك فيما قل وقرب من الأيام، وإن اختلفت الأعمال في رسم البيع من سماع أَصْبَغ لأشهب لا بأس أن يأخذ الرجل عبد الآخر النجار يعمل له اليوم على أن يعطيه عبده الخياط يخيط له غدا، وإن قال له: احرث لي في الصيف وأحرث لك في الشتاء فلا ضير فيه، والمرأة كقوله للمرأة انسج لي اليوم وأنسج لك غدا لا بأس به، وكذا انسج لي اليوم وأغزل لك غدًا إذا وصفت الغزل.

قُلتُ: وعلى هذا الأصل تجري مسألة دولة النساء الواقعة في عصرنا في اجتماعهن في الغزل حتى يستوفين، فإن قربت مدة استيفائهن الغزل لجميعهن كالعشرة الأيام ونحوها وعينت المبتدأة لها، ومن تليها إلى آخرهن وصفة الغزل جاز، وإلا فسدت وفيها لو كان الأجير عينًا بعينه، فإن لم يكن كراء البلد بالنقد لم يجز، إلا أن يعجلها كقول مالك: فيمن ابتاع سلعة بدنانير ببلد آخر فإن شرط ضمانها إن تلفت جاز، وإلا فلا، وكذا الكراء إن لم ينقد في مثله لم يجز إلا بشرط ضمانها، ولا يجوز شرطه في عرض

أو طعام وأجازه غيره في الدنانير، وإن تلفت ضمنها ابن القاسم، ولو قال المكتري: أعجل الدنانير والعروض فلا بد من فسخه لفساد العقد.

الصقلي وعبد الحق عن بعض القرويين: إنما يجب شرط ضمان الدنانير في الشراء بها إذا اشترط قبل البيع بها؛ لأنه يصير كنقد في غائب وكذا وقع لمحمد وهو تفسير.

قُلتُ: فيفرق بين قرب غيبتها وبعدها قال غيره: ولا بد من الخروج إليها كالغائب، ولذا لم يشترط ضرب الأجل؛ لأنها لو كانت متعلقة بالذمة فقط على أن تقبض ببلد آخر لم يجز لعدم ضرب الأجل.

وفي الموازيَّة: إن لم يشترط خلفها صح البيع، ووقفت السلعة كمن اشترى سلعة حاضرة بغائبة، ويخرج فإن وجد الدنانير تم البيع، وإلا بطل إلا أن يرضى المشتري بدفع غيرها.

قُلتُ: مثله في رسم الجواب من سماع عيسى من السلم والآجال، وفي رسم القبلة من سماع ابن القاسم: قال ابن رُشْد: الآخر قول الغير بناء على أن العين لا تتعين، وقول ابن القاسم على أنها تتعين وقوله استحسان؛ لأن قياس تعينها أن لا يجوز شرط ضمانها كالعروض.

عياض: قوله: (أو لا لم يجز إلا لمن يعجلها)؛ يريد: باشتراط في العقد، وكذا قوله بعد هذا.

وفيها: لابن القاسم: لا يعجبني تأخير الدنانير المعينة اليوم واليومين إلا بشرط ضمانها أو وضعها رهنًا بيد غير المشتري، ولم يكرهه غيره إذ لو استحقت لقضي بمثلها.

الصقلي: لو إن تلفت في اشتراط تأخيرها اليوم واليومين دون عذر ولا ضمان على قول ابن القاسم: ففي مضي العقد كالعرض، وفساده قولا شُيُوخنا، والأول أبين وفيها لا تجوز الإجارة على سلخ شاة بشيء من لحمها.

ابن شاس: لو استأجر السلاخ بالجلد والطحان بالنخالة لم يجز.

قُلتُ: الجلد جار على ما تقدم في بيعه والنخالة تجري على حكم الدقيق، وفيها تجوز الإجارة على طحن إردب حنطة بدرهم، وقفيز من دقيقه لقول مالك ما جاز بيعه

جازت الإجارة فيه.

محمد: لا يجوز اطحن لي هذا الإردب بقفيز من دقيقه، وكذا الزيت في الزيتون بخلاف بيع ذلك؛ لأن فيه إن هلك رجع المبتاع بثمنه وفي الجعل تقدم له فيه عمل، ثم يهلك فلا يرجع بشيء؛ لأنه غير مضمون فيذهب عمله باطلا ولو ضمنه ربه فسد.

الصقلي: لأنه معين فشرط ضمانه يفسده.

وأجازه ابن حبيب، قال: ولم يجزه ابن القاسم؛ لأن الدقيق إن ذهب ذهب عمله محمد باطلًا ونحن نرى إن ذهب بعد طحنه قبل أخذ الأجير القفيز فله أجر طحنه.

الصقلي: كما لو استأجره بمد دقيق معين على عمل يعمله، وهلك الدقيق قبل قبضه أو استحق ولو بعد قبضه.

التونسي: إن كان الأجير غير صانع بطل قول محمد؛ لأنه باع عمله بدقيق معين فإذا تلف قبل كيله رجع بقدره من الإجارة كما لو أجره بثوب فاستحق، وإن كان صانعًا وضاع الدقيق ببيته بعد طحنه فعلى القول قولها لا أجر له ويرد الدرهم، وعلى قول محمد: المصنوع قابض للصنعة ينظر في قيمة الدقيق هل هي مساوية للدرهم أو أقل أو أكثر، فيكون كأخذ سلعة من سلعتين استحقت بعد فوات عوضها إن كانت قيمة الدقيق درهمين على قول ابن القاسم فيها، يرد الدرهم ويأخذ قيمة جميع طحنه، وقيل يرجع بثلثي قيمة طحنه ويمضي الدرهم بثلثها.

قُلتُ: عزا أبو عمران الأول لفضل، وذكر الثاني قبله كأنه المذهب عنده.

اللخمي: إن ضاع قبل طحنه ببينة وكان الدرهم مساويًا للثمن أو أكثر انفسخت الإجارة في مناب الثمن لا فيما ينوب الدرهم على المستأجر أن يأتي بقدره يطحنه له، وإن لم تقم بضياعه بينة، فرأى ابن القاسم في هذا الأصل مرة أنه غيبه فيغرم جميعه ويطحنه ويأخذ الثمن منه، ومرة لم يبلغ به أنه غيبه حقيقة فيحلف لقد ضاع، ولا يغرمه ولا يطحن إلا بما قابل الدرهم، وإن طحنه وادعى ضياعه غرمه مطحونًا ولم يصدق، وأخذ الثمن منه، وإن قامت بضياعه بينة فقال ابن القاسم: لا ضمان عليه ولا أجر له

فعلى هذا يأتي ربه بطعام ويطحن الأجير مناب الدرهم كما لو لم يطحنه، وقيل: له الأجر فيأخذ الدرهم، وأجر المثل فيما ينوب الثمرة.

ابن حبيب: بطحنه بنصفه دقيقًا لا يجوز؛ لأنه حصل بغرر والأول إجارة بشيء معلوم.

الصقلي: رأى أن نصف ما يخرج من الدقيق مجهول لاختلاف الريع.

قُلتُ: هو خلاف قولها خفف مالك بيع الحنطة على أن على البائع طحنها، إذ لا يكاد الدقيق يختلف لو اختلف خروجه ماجاز.

سمع ابن القاسم: لا خير في شراء ثوب من حائك نسج جله، ونقد ثمنه على أنه يتم نسجه؛ لأن الثوب يختلف لو اختلف وجه نسجه.

سَحنون: هذه جيدة فقس عليها غيرها.

ابن رُشْد: لم يجز؛ لأنه بيع وإجارة في المبيع إنما تجوز في قول ابن القاسم وروايته فيما يعرف وجه خروجه كالقمح على أن البائع يطحنه، والثوب على أن عليه خياطته استحسانًا لا قياسًا، وفيها: لا يعرف وجه خروجه مما يمكن إعادته ليأتي على الصفة كالفضة على أن عليه صوغها، وشبه ذلك ما ليس كذلك كالزيتون على أن عليه عصره لا يجوز بحال، وسَحنون لا يجيز ذلك بحال مطلقًا، وفيها: لا يجوز على دبغ جلود بنصفها، أو نسج ثوب بنصفه.

محمد عن أَصْبَغ: إن نزل فله أجر عمله، والجلد والثوب لربها.

الصقلي: إن فات الجلد بيد الصانع بعد الدبغ فله نصفها بقيمتها يوم خرجت من الدبغ، ولربها النصف الآخر وعليه أجر مثله في دبغها، ولو دفع له نصفها قبل الدبغ على دبغها مجتمعة لما فاتها بالدبغ فله نصفها بالقيمة يوم قبضها، وأجر عمله في نصفها ونحوه للقابسي.

اللخمي: إن قال له ادبغ نصف هذه المائة بنصفها، وشرط نقده جاز إن اعتدلت في القسم والعدد أو تقاربت، وإلا فلا لجهل عدد والمستأجر عليه منها فإن لربه فسخ حتى قاسمه، ودبغ جميعها فله النصف الذي أخذه أجرة بقيمته يوم قبضه، وأجر المثل

في النصف الآخر، ولو قال: ادبغ ديغها بنصفها لم يجز قولاً واحدًا إلا؛ لأن أجرته نصفها بعد الدبغ، فإن دبغها فله أجر مثله في كلها، فإن ضاعت قبل ذلك ببينة فهي من بائعها، وإن لم يعلم ضياعها إلا من قوله ضمنها على حكم الضياع، وإن شرع في العمل مكن حتى يتم، وكذلك النسج في الغزل بنصفه إن أخذ في النسج مكن من التمادي؛ لأن في نزعها مضرة، فإن بقيت بيده بعد الدفع على أنه شريك فيها ففاتت بحوالة سوق ضمن نصف قيمتها يوم الفراغ، ويختلف إن قال: لك نصفها من اليوم على دبغ جميعها فشرع في الدباغ هل هو فوت فيضمن نصف قيمتها أو ليس بفوت؛ لأنه غير ممكن من ذلك النصف لما حجر عليه أن يدبغه ولا يبين والأول أبين.

قُلتُ: قوله: (إن شرع في العمل مكن) خلاف قول أهل المذهب في المساقاة الفاسدة أن ما يرد منها لإجارة المثل يفسخ ولو بعد العمل بخلاف ما يرد منها لمساقاة المثل فتأمله، وفيها: لا يجوز تعليم العبد صنعة سنة بنصفه إذ لا يقدر على قبض ماله فيه قبل السنة، وقد يموت العبد فيها فيذهب عمله باطلاً.

الشَّيخ: إن نزل وكان على قبض نصفه بعد السنة فإن فات وعثر عليه عند تمامها قبل فوته بيد معلمه فله قيمة تعليمه والعبد لربه، وإن فات بيد المعلم بعد السنة فالعبد بينهما وعلى معلمه نصف قيمته يوم تمام السنة معلمًا، وعلى ربه قيمة تعليمه.

قال: ولو كان على قبض نصفه الآن لم يجز، فإن فات بيد معلمه ببلد بعد تمام السنة فله نصف قيمة تعليمه، وعليه نصف قيمته يوم قبضه، ويكون بينهما ابن الحاجب، ولو أرضعت بجزء من الرضيع الرقيق بعد الطعام لم يجز.

قُلتُ: هذه مثل مسألتنا في تعليم العبد بنصفه، ولا أعرفها بفرضها في الرضاع لأهل المذهب بل للغزالي في الوجيز، وفيها إن دفعت غلامك إلى خياط أو قصار ليعلمه ذلك العمل بعمله سنة جاز، وقال: غيره بأجر معلوم أجوز.

الصقلي عن يحيى: والسنة من يوم أخذه.

بعض شُيُوخ عبد الحق: ما حاصله إن مات العبد في نصف السنة، فإن كان قيمة تعليمه في النصف الأول مثلي قيمة تعليمه في النصف الثاني، وقيمة عمله في النصف

الأول نصف قيمة عمله في النصف الثاني رجع على ربه بثلث قيمة تعليمه.

قُلتُ: الأظهر منع إجارته بعمله؛ لأنه يختلف عمله بحسب سرعة تعلمه وبعده وفيها إن قال احصد زرعي هذا، ولك نصفه أو جد نخلي هذه، ولك نصفها جاز، ولا ترك له وهي إجارة.

عبد الحق: إذا حصده جبرًا على درسه وقسمه حبًا ولا يجوز قسمه قتا؛ لأنه حظر ويدخله التفاضل.

قال يحيى عن ابن القاسم: إن حصده أو بعضه، ثم احترق هو منها وعليه أن يستعمله في مثله، أو في مثل ما بقي عليه.

قال سَحنون: عليه نصف قيمة الزرع لا حصاد مثل نصفه يحيى بن عمر؛ لأن الزرع يختلف.

عياض: ظاهر قوله هنا: فهو حين حصده وجب له نصفه أنه إنما يجب له نصفه بحصاده، والذي يأتي على أصولهم أنه يجب له بالعقد؛ لأنهم جعلوا ما هلك قبل حصاده وبعده من الأجير، وفيها: إن قال له إذا حصدت أو لقطت فلك نصفه جاز وله التزامه متى شاء؛ لأنه جعل، وقال غيره: لا يجوز.

الصقلي: هما في الموازيَّة روايتان.

قُلتُ: هما بناء على الاكتفاء في علم قدر الجعل بالنسبة للجاعل بمجرد معرفة نسبته لما يجعل له، وللمجعول له بعلمه له حين فعله أو اشترط علم قدره في العقد كالبيع، وفيها: إن قال مع ذلك اليوم فلا خير فيه إذ لا يجوز بيع ما يحصد اليوم ولا يجوز في الجعل أجل، إلا أن يشترط تركه متى شاء.

وسمع عيسى ابن القاسم: لا خير في قوله: جد نخلي اليوم ولك نصف ما تجد ومتى شئت فاخرج؛ لأنه وقع على يوم بعينه فلا يحل إلا بشيء ثابت كقوله: تقاض ما لي على فلان إلى شهر ولك نصفه فلا خير فيه، وإن لم يضرب أجلًا فهو جعل فجاز؛ لأنه ليس لربه منعه العمل وللعامل الترك متى شاء.

ابن رُشْد: إنما لم يجز مؤجلا؛ لأنها إجارة بمجهول ففسدت فلا يصلحها شرط

الخيار، ولو قال: إن جددت في هذا اليوم من نحلي هذه شيئًا فلك نصفه جاز الفرق أن هذا جعل والأول إجارة.

فإن قيل: إن هذه الإجارة إذا اشترط فيها الخيار على هذا الوجه عادت جعلًا؛ لأنه في الوجهين معًا لا يلزمه العمل، وإن عمل فله نصف ما عمل قيل: إن استويا في هذا افترقا في وجه آخر هو أن الإجارة لا تنفسخ بتلف المستأجر عليه إلا على اختلاف، والجعل تنفسخ بتلف المجعول فيه اتفاقًا فوجب أن لا تعود الإجارة بشرط الخيار فيها جعلًا، فإذا بقيت وكانت فاسدة لم يصلحها الخيار، وكان الشُّيُوخ من أدركناه ومن لم ندركه يجعلون قول ابن القاسم فيها خلاف قوله في المدَوَّنة: في بع لي هذا الثوب اليوم ولك درهم أنه ما يراه شرطًا أن يترك متى شاء وليس بصحيح؛ لأن استئجار الرجل يومًا بدرهم على أن يبيع فيه ثوبا جائز؛ لأن الأجر فيه معلوم فإذا جازت الإجارة فيه جاز شرط الخيار فيها بأن يترك متى شاء، وله من الدراهم بحسب ما مضى من اليوم، إن لم ينقده، ونص على هذا في أول كتاب الجعل والإجارة، ومسألة التقاضي لا يجوز فيها مع تسمية الأجل إجارة ولا جعل، ولو قال: إن قبضت لي في هذا الشهر شيئًا من ديني على فلان فلك نصفه لم يجز؛ لأنه قد يتقاضاه ويشقى عليه فيه فيمضي الأجل قبل أن يقبض فيذهب باطلًا فيجوز أن يستأجر الرجل الرجل على حصد زرعه بنصفه، وأن يشترط أن يترك متى شاء ويكون له نصف ما حصد ولا يجوز أن يستأجره على حصد يوم بنصف ما يحصد فيه، وإن اشترط أن يترك متى شاء ويكون له نصف ما حصد، ولا يجوز أن يجاعله على حصد زرعه بنصفه إلا بشرط أن له أن يترك متى شاء، ويكون له نصف ما حصده، وكذلك لا يجوز أن يجاعله على حصاد يوم بنصف ما يحصد فيه إلا بشرط أن له أن يترك متى شاء وله نصف ما حصد.

والمواجرة والمجاعلة على بيع الثوب بدرهم خلاف ذلك لا يجوز أن يواجره على بيع الثوب بدرهم، إلا أن يضرب لذلك أجلًا، والجعالة بعكسه لا تجوز بدرهم على بيعه إن لم يضرب لذلك أجلًا فحمل ابن القاسم قوله: بع لي هذا الثوب، ولك درهم على الجعل فأجازه إن لم يضرب أجلًا، ولم يجزه إن ضربه إلا بشرطه متى شاء ترك؛

يريد: وله من الدرهم بحساب ما مضى؛ لأنه إذا شرطه أفصحا بأنها إجارة صحيحة بخيار وقد أجازه وإن لم يشترط أن يترك متى شاء، وقال سَحنون فيها: هو جل قوله الذي يعتمد عليه ووجهه أنه حمل قوله: بع لي هذا الثوب اليوم ولك درهم على الإجارة، وقيل: في تأويل ذلك غير ما قول ذكرته في غير هذا الكتاب.

قُلتُ: في المقدمات اختلف في تأويل قول سَحنون هذا فاختصره الشَّيخ: على أنه أجاز توقيت الجعل يومًا أو يومين دون شرط.

وقال ابن القطان: يريد سَحنون أنه قال: مثل قوله في الثوب في مثل مسألة الثوب وهو أن يجيز الجعل، ويضرب له يومًا أو يومين ويشترط أنه متى شاء أن يرد، وقال سَحنون: له مثل هذا القول وهو جل الذي يعتمد عليه؛ يريد: قول الكتاب وما يشبهه ولفظ جل يقتضي الخلاف، والخلاف موجود في سماع عيسى فذكر سماع عيسى المتقدم وتأويل ابن لبابة عن سَحنون أنه أراد أن ابن القاسم، إنما اختلف قوله على أنها إجارة مرة رآها إجارة جائزة ومرة رآها إجارة فاسدة وكله مدخول.

أما قول الشَّيخ فخطأ صراح؛ لأن الجعل المسمى فيه الأجل إن لم يشترط فيه الترك متى شاء لم يجز اتفاقًا فكيف يقال هو جل قوله.

وقول ابن القطان: بعيد عن ظاهر لفظ المدَوَّنة، إلا أن معناه: صحيح تصح به المسألة وتأويل ابن لبابة بعيد عن ظاهر اللفظ غير صحيح؛ لأنها إن كانت إجارة فهي جائزة لا وجه لفسادها؛ وإنما معنى المسألة عندي أن قول ابن القاسم اختلف في قوله: بع لي هذا الثوب اليوم ولك نصف درهم فقال في الثوب: أنه جعل ولا يجوز إلا بشرط أن يترك متى شاء وله قول آخر: أنه جائز وهي إجارة لازمة لا جعل إن باع في بعض اليوم فله من الأجر بحسابه فقال سَحنون: هذا المعتمد عليه من قوله وهذا لابن القاسم يقوم من قوله في الكتاب.

قال: فيمن يبيع من الرجل نصف الثوب على أن يبيع النصف الآخر: أنه جائز إن ضرب له أجلا؛ لأن بضرب الأجل يكون إجارة، فاختار سَحنون هذا القول؛ لأنه إذا قال: بع لي هذا الثوب اليوم ولك درهم احتمل أن يريد: معنى الجعل فيكون فاسدًا

واحتمل أن يريد معنى الإجارة فكان جائزًا وإذا احتمل اللفظ الصحة والفساد فهو على مذهبه في مسائل كثيرة على الصحة حتى يتبين الفساد من ذلك من اكترى راعيًا على غنم بأعيانها أن الإجارة عنده جائزة، وإن لم يشترط الخلف خلاف مذهب ابن القاسم في هذه المسألة مثل قوله في مسألة بع لي نصف الثوب، ومثل قول من قال: بع لي هذا الثوب ولك درهم أنه جائز فحمله على الجعل فأجازه مع احتمال إرادة الإجارة فتكون فاسدة لعدم ضرب الأجل، فلما كان هذا القول جاريًا على مذهب سَحنون استحسنه وفيها: إن قال انفض زيتوني هذا أو حركه فما نفضت أو سقط منه فلك نصفه لم يجز؛ لأنها إجارة مجهولة.

الصقلي: عن ابن حبيب إن قال: انفضه ولك نصفه جاز، وحمل ابن القاسم النفض على التحريك وليس كذلك، وفيها: إن قال: اعصر زيتوني أو جلجلاني ولك نصف ما عصرت لم يجز؛ إذ لا يدري كيف يخرج ولا كم يخرج وكمن باع زرعًا يبس على أن عليه حصده ودرسه وذروه؛ لأنه اشترى حبًا جزافًا لم يعاين جملته.

الصقلي عن ابن حبيب: إن قال: احصده أو اعصره أو اطحنه ولك نصفه جاز حتى يقول فما خرج فلك نصفه فلا يجوز، ومحمل الأولى على ملك نصفه الآن وسمع القرينان إن قال: من حل بيع زرعه لرجل احصده لي ادرسه على النصف فلا بأس به.

الصقلي: هذا نحو قول ابن حبيب.

ابن رُشْد: هذا خلاف قولها في الجعل والإجارة، وسماع يحيى بن القاسم وعلى سماع أشهب، ثاني قول أَصْبَغ في رسم البيع والصرف من سماعه في البيوع، وتقدم الكلام عليه وقال ابن لبابة: إنما الخلاف إذا قال: احصده وادرسه ولك نصفه، وإن زادوا ذره لم يجز اتفاقًا، كما لو قال: احصده ولك نصفه جاز اتفاقًا، وليس ذلك بصحيح زيادة الذرو، ونقصه سواء وجواز ذلك أظهر؛ لأن نصف الزرع يجب له بالعقد على عمل النصف الآخر سواء كان عمله حصده فقط أو حصده ودرسه وذروه؛ كما لو استأجره على ذلك بعين، وكذا إذا استأجره عليه بنصف الزرع، فإن قيل: إذا شرط الدرس والذرو كانت الإجارة بما خرج منه، وذلك غرر وقيل: لا يلزم هذا

ولو لزم لما جاز، وإن لم يشترط إلا حصاده إذ قد علم أنه لا يأخذ أجره إلا حبًا إذ لا تصح قسمة الزرع محصودًا حتى يدرس ويذرى ويصفى، ولو روعي هذا ما جاز بيع نصف الزرع بالعين، أو قد علم أنه لا يأخذه إلا حبًا مصفى لكنه جاز؛ لأنه بنفس الشراء يحصلان فيه شريكين كما لو زرعاه.

وفيها: إن دفعت دابتك أو دارك أو سفينتك لمن يكري ذلك ولك نصف كرائه لم يجز، فإن نزل فالكراء لك ولك أجر مثله، ولو دفعت ذلك ليعمل عليه على أن ما أصاب بينكما لم يجز، فإن نزل فالكسب له وعليه كراء مثل ما بلغ كأنه اكتراه كراء فاسدًا، والأول آجر نفسه إجارة فاسدة.

اللخمي: إن قال اعمل لي عليها ففيها: لابن القاسم من رواية الدباغ: كسبها للعامل وعليه كراؤها، وفي الجلاب لربها لقوله اعمل لي، وللعامل أجر مثله، وإن قال أكرها فعمل عليها فالكسب له ولربها كراء المثل، وإن قال: اعمل عليها فأكراها فقال ابن القاسم: ما أكريت به للأجير ولربها إجارة المثل، وقال في كتاب الشفعة: ما أكريت به لربها؛ لأن ضمان منافعها منه بخلاف البيع الفاسد، وفيها أثر الأولى كما لو قلت: بع سلعتي ولك نصف ما بعتها به أو نصف ما زاد على مائة لم يجز، والثمن لك وله أجر مثله.

الصقلي عن بعض القرويين: إن وقف وسام فلم يأته أحد فالأشبه له أجر مثله إلا أن يتأول أنه جعل فاسد والأشبه الأول.

اللخمي إن قال: أكر دابتي ولك نصف ما تكريها به فمضى بها، ثم ردها وتعثر عليه كراؤها لم يكن له شيء؛ لأنه فاسد والحكم أن يردها لا يتم ذلك الفاسد.

الصقلي: وفي الواضحة: إن قال في الدور والأرحاء والحوانيت قم لي بها ولك نصف غلتها لم يجز، والخراج إن نزل ذلك لربها وله أجر مثله والدواب والسفن كسبها للعامل، وعليه أجر ذلك وهو قول مالك.

الصقلي: وساوى بين الدواب والسفن إن قال: اكرها ولك نصف الكراء أن كراءها لربها، وعليه أجر المثل للرجل، وهو أصوب، ولو أعطاه الدابة أو السفينة

ليعمل عليها وما أصاب بينهما لم يجز، فإن عمل فالكسب للعامل وعليه كراء المثل فهو كراء فاسد، والأول إجارة فاسدة.

اللخمي: قوله في السفينة اكرها واعمل عليها سواء إن كان فيها قومه ربها؛ لأنه إنما يتولى العقد فغلتها لربها وله أجر مثله، ولو كان يسافر فيها بمتاعه فالربح له ولربها الإجارة والحمام والفرن إن لم يكن بهما دواب ولا آلة الطحن كان ما يواجر به للعامل وعليه أجر المثل، وإن كان بدراهم ويشتري الحطب من عند صاحبها أو من غلتهما فما أصابه لربهما وللعامل أجر المثل وإنما هو قيم فيهما وكذا الفندق ومساكنه ما أكري به لربه والقيم إجارته.

الصقلي: ولو عمل فلم يجد شيئًا فعليه الكراء؛ لأنه في ذمته ولابن حبيب إن عرف أنه عاقه عائق فلا شيء عليه إن لم يكرها بشيء مضمون عليه.

قُلتُ: وهذا نحو اختلافهم في القرض على الأداء من شيء بعينه يتعذر هو مذكور في القرض.

اللخمي: إن قال اكرها ولك نصف كرائها فأكراها لمسافر على أن يسوق به، ويقوم بها نظر فإن كان كراؤها على أن لا أجد معها دينارًا وعلى أن معها سائقًا دينارًا وربعا فالكراء بينهم أخماس، ثم ينظر فإن كان أجر مثله في تولي العقد ثمن دينار تبع رب الدابة بأربعة أخماس ثمن دينار، فإن كان يتولى حفظها بعد انقضاء الكراء فله عليه أجرة أخرى، وما تقدم من الكسب هو مثل الماء والكلأ والحطب إن قال اعمل عليها ولك نصف ما تكسب عليها فثمنه للعامل وللآخر أجر دابته؛ لأن هذه الأشياء ملك للعامل بنفس أخذه لها.

قُلتُ: هذا يوهم قصر هذا الحكم على كسبه عليها ما يملكه العامل من هذه المباحات، وليس كذلك؛ بل الحكم عام فيه وفيما لا يملكه من كسبه عليها بنقل الأشياء المملوكة من طعام أو غيره فتأمله ابن الحاجب، واعمل على دابتي وما حصل لك نصف ثمنه وأجرته لا يجوز، بخلاف نصف الحطب أو الماء فإن نزل فاسدا فثالثها أن من قال: ولك النصف عليه أجر المثل.

قُلتُ: ظاهر قوله: (فاسدًا) أنه مال من ضمير نزل ويجب عوده لأقرب مذكور وهو العقد بقوله: اعمل عليها ولك نصف الحطب أو نصف الماء، وهذا وإن كان جائزًا باعتبار ذاته فقد يعرض له ما يفسده كقوله ذلك بزيادة، ولا يأخذ نصفك في ذلك إلا بعد بيعه مجتمعًا أو بعد حمله كذلك أو لموضع كذا وقرر ابن هارون الأقوال بأن الأول كون الكسب لرب الدابة وعليه أجر العامل، والثاني عكسه وعلى العامل كراء الدابة، والثالث إن كان القائل ولك نصف الحاصل هو رب الدابة فالكسب للعامل وعليه كراء المثل من الدابة، وإن كان العامل قال: لرب الدابة أعطني دابتك أعمل عليها ولك نصف الحاصل فالكسب لربها وللعامل أجر مثله.

قُلتُ: هذا الخلاف لم أره لغير المؤلف، وهذا بناء منه على أن محل الأقوال إنما هو الصورة الأولى الفاسدة باعتبار ذاتها، وقررها ابن عبد السلام: بأن الأول هو كون الكسب للعامل وعليه كراء الدابة لربها سواء كان هو القائل ولك أو رب الدابة والثاني عكسه، والثالث إن كان ذلك من المسألة الأولى، وهي الفاسدة بذاتها فالكسب للعامل وعليه كراء الدابة وإن كان في غيرها من وجوه الفساد فالكسب لرب الدابة وعليه للعامل أجر مثله، ومحل الأقوال مجموع الصورتين الأولى بذاتها؛ لأنها فاسدة والثانية باعتبار عروض ما يفسدها قال: وهذا أقرب إلى كلام المؤلف من الذي حمله عليه من تعرض لتفسيره فقصر الأقوال على الصورة الأولى، وجعل التفصيل باعتبار القائل وعليه يكون قوله فاسدًا محض زيادة.

قُلتُ: الأظهر كون محل الأقوال الصورتين لظهور عود الضمير في نزل للأقرب فيهما مع ما أشار إليه الشَّيخ من فائدة قوله: فاسدًا، ويتصور فساده بما قررناه أولا والأظهر تفسير القول الأول بما فسره به ابن هارون؛ ولأنه المذكور في لفظ المؤلف حيث قال: واعمل على دابتي وما حصل لك ثمنه.

فإن قلت: إذا كانت أقوال ابن الحاجب غير ثابتة حسبما صرح به شراحه وهو الحق فما مقتضى المذهب.

قُلتُ: ومقتضاه في الأولى أن الكسب لربها؛ لأنه إنما جعل عوض عمله ما هو

عوض من كسبها فلم يجعل له في كسبها حظًا، وفي الثانية الكسب بينهما نصفين ويرجع العامل على ربها بنصف إجارة مثله يغرم له نصف كراء الدابة في ذلك العمل، والصورة الجائزة في لفظ ابن الحاجب ذكرها الصقلي واللخمي عن محمد قالا: وكذلك على نقلات معروفات، أو قال: لي نقله ولك نقله.

الصقلي عنه: لا يجوز على أن ما كسب عليها اليوم لك وما كسب غدًا فله وللخمي عنه ما نصه كمن قال: ما انتقل عليها اليوم لي وغدا لك جاز، وإن قال: تعمل عليها اليوم وتبيعه لي وما تعمل غدًا لك إن شئت بعته لنفسك جائز إنما يفسد إن قال: تعمله على ملكك والثمن لي؛ لأنه مجهول وإن أصيب قبل البيع كان من العامل، فإن نزل فالكسب للعامل وعليه كراء الدابة، وإن قال: ربها اعمل عليها اليوم لي وغدا لك فعمل عليها اليوم ثم تلفت فللعامل على ربها أجر مثله وليس له أن يكلفه أن يأتي بدابة أخرى؛ لأنه إنما باعه منافع دابة معينة والمعين لا يخلف، واختلف إن قال: اعمل لك اليوم وغدا لي فعمل اليوم ثم تلفت هل لربها كراؤها أو يأتيه بدابة أخرى يعمل عليها؛ لأن المعمول عليه لا يتعين والأول أبين؛ لأن خلف ذلك يتعذر كثوب اللابس يستأجر على خياطته فيضيع ببينة ليس عليه خلفه.

قُلتُ: القول الأول هو قول ابن القاسم في العتبيَّة، ولما ذكره الصقلي قال: قال الشَّيخ: أعرف فيها: أن على رب الدابة أن يأتيه بدابة أخرى يعمل عليها وهو أصلهم.

محمد: لو قال: اعمل عليها لنفسك شهرًا واعمل لي شهرًا لم يجز إلا في مثل خمسة أيام وشبهها لقول مالك وابن القاسم: لا يصلح أن يواجر الرجل العبد وينقد أجره على أن يأخذه إلى عشرة أيام.

ابن القاسم: وجائز إلى خمسة أيام.

محمد: ولا يدخله الدين بالدين؛ لإجازة مالك سكنى دار سنة بسكنى دار له السنة المقبلة ولم يجزه في الحيوان، وفيها: لا بأس باجتماع بيع وإجارة اللخمي هذا المشهور، وحكى القاضي قولًا بمنعه ووجهه أن كثيرًا من الإجارات لا تنفك من الغرر وفي سماع سَحنون: له البيع والإجارة جائزة في غير البيع ولا يجوز فيه.

ابن رُشْد: هذا مشهور من قوله: وهو جائز على قول مالك، وابن القاسم فيما يعرف وجه خروجه كالثوب على أن على البائع خياطته، وفيما لا يعرف وجه خروجه إذا أمكنت إعادته كالصفر على أن يعمله البائع قدحًا وغيره لا يجوز اتفاقًا، وعلى المعروف قولها: من باع سلعة بثمن على أن يتجر له به المبتاع سنة جاز كمن واجره على التجر بمائة دينار سنة، أو يرعى له غنمًا بعينها سنة جاز إن شرط خلف ما هلك منها أو تلف وإلا لم يجز، فإن شرط خلف المائة فتلفت، وأبى البائع خلفها فلا شيء على المشتري.

عياض: ضرب على ذكر الاشتراط في كتاب ابن وضاح عند ابن عتاب حيث وقع ولم يقرأه سَحنون، وقال: لا بأس في الغنم والدنانير دون شرطه والحكم يوجبه وقاله: ابن الماجِشُون و أَصْبَغ والصقلي وهو أصوب؛ لأن المستأجر عليه لا يتعين والحكم يوجب خلفه، وكذا في المدَوَّنة والموازيَّة وقال بعض أصحابنا: وإنما يتم هذا البيع إن أحضر المشتري الثمن لينتقل من ذمته لأمانته، وحكي عن القابسي فإن لم يحضره فسدت الإجارة فقط لتهمته على أن يؤخره ويزيده كقول ابن القاسم فيه: قوله: لمن له عليه دين اعمل به قراضًا وخففه أشهب.

قُلتُ: وكقول سلمها الأول من له على رجل مال فقال: اسلمه لي لم يجز حتى يقبضه، ويبرأ من التهمة ثم يدفعه له.

الصقلي: إن عمل ولم يحضره فالربح منتصف والخسارة للأجير ويرجع البائع بقدر قيمة الإجارة منها مع الثمن في قيمة سلعته، ولو كانت قائمة لضرر الشركة وعلى قول أشهب ويحيى ابن عمر يرجع في عينها إن كانت قائمة وإن فاتت ففي قيمتها.

وقال عبد الحق: يرجع في قيمة السلعة أو في عينها إن كانت قائمة على الخلاف فيمن باع نصف ثوب على أن يبيع له النصف الثاني في شهر، فباع في بعض الشهر المسألتان سواء، والأجود أن لا يرجع في عينها لزيادة ضرر الشركة؛ لأنها تعيين بين ثلاثة بعد أن كانت بين رجلين.

قال هو والصقلي: ولا بد أن يسمي له في أي نوع يتجر له الصقلي، ولا يلزمه

التجر بالربح وشرطه يفسدها بخلاف شرط رعي أولاد الغنم؛ لأنها معروفة ولو شرط التجر بالربح وعمل فالربح والخسارة للبائع وللعامل أجر مثله، وترد السلعة إن كانت قائمة، وإن فاتت مضت بالقيمة ولو تمت السنة والإجارة صحيحة والثمن في عروض لم يلزمه بيعها بخلاف المقارض؛ لأن أجله النض والإجارة مؤجلة، ولو مات بعد تجره بها نصف السنة رجع البائع بمناب النصف الباقي منها في قيمة السلعة أو عينها على القولين مع اعتبار تماثل أيام السنة أو اختلافها في قيمتها.

قال: ولو استحقت السلعة بعد تجره نصف سنة تبع البائع بأجر مثله في تجره والثمن والربح والخسارة للبائع، وعليه ولو اطلع على عيب بها بعد فوتها وتجره نصف سنة والمعيب الربع تبع البائع بربع الثمن وربع قيمة تجره في نصف السنة، ويتجر له في النصف الثاني بثلاثة أرباع الثمن، ولو اطلع عليه قبل تجره وفاتت والعيب الربع تبعه بربع الثمن وتجر له بباقيه، قال: أكثر هذه الوجوه وحفظتها عن القرويين.

الصقلي: قوله في اطلاعه على العيب بعد تجره نصف السنة إلى آخره فيه تناقض وقياس قولهم يرجع بربع قيمة تجره في النصف الماضي أن يسقط عنه ربع السنة الباقي لعمل نفسه يومًا وللبائع ثلاثة أيام أو يرجع في النصف الماضي بقيمة تجره بربع الثمن؛ لأنه لو اطلع على العيب قبل العمل لم يعمل إلا بثلاثة أرباع الثمن والأول هو الجاري على أصولهم، وكذا لو اطلع على العيب قبل العمل لم يعمل إلا بثلاثة أرباع الثمن والأول هو الجاري على أصولهم، وكذا لو اطلع على العيب قبل العمل وفاتت السلعة لرجع بربع الثمن وسقط عمله في ربع السنة لا عمله في ربع الثمن، إذ قد يكون عمله في ثلاثة أرباع الثمن وعمله في جميعه مؤنتهما واحدة، ولأن عمله هو بعض ثمن السلعة فيجب أن يرجع فيه كما لو اكترى دارًا بعبد سنة فأعتق العبد، ثم اطلع على عيب نقص له ربعه لكان له ربع السكنى وللمكتري ما بقي.

قال بعض فقهائنا: لو كان قيمة تجره ضعف الثمن فمات قبل العمل لرد الثمن ويأخذ سلعته إن كانت قائمة؛ لأن جل ما اشترى وهو التجر ذهب ولو تحمله قليلًا ثم مات لرد قيمة ذلك مع الثمن كمن اشترى ثوبين بعبد فوجد بأرفعهما عيبًا، وفات

الأدنى لرد قيمة الأدنى مع الأرفع وأخذ عبده، ولما ذكر اللخمي شرط خلف الدنانير قال: إن ضاعت والبائع لا يقدر على الخلف لزمت المحاسبة كثوب اللابس يضيع في الخياطة والصبغ، وإن شرط عدم الخلف والمحاسبة جاز إن كان ممن يتعذر عليه الخلف وإن كان ممن لا يتعذر عليه الإجارة النصف فأكثر لم يجز، وإن كانت يسيرة جاز على قول ابن القاسم فيمن باع نصف ثوب على أن يبيع له الآخر وإن لم يشهد المشتري على حضور الثمن، فإن جلس في دكان للتجر فيه الصنف الذي استؤجر عليه كان كالإشهاد، وإن جهل كون تجره لرب المال؛ لأن تلك كانت تجارته كان ذلك أشكل وهو يقبل قوله أيضًا، وقد قال ابن القاسم في العتبيَّة: من أمر مدينه أن يشتري له بدينه سلعة فقال: اشتريتها وضاعت قبل قوله: يريد؛ لأنه مؤتمن على الشراء وهو في هذا أبين لطول الأمد وجلوسه للتجر إلا أن يقول أخرجته، وضاع قبل أن أتجر فلا يقبل قوله.

قُلتُ: يرد قياسه على قول ابن القاسم: بأن المعارض لقبول قوله: حق آدمي وفي مسألة التجر حق الله في التأخير بزيادة، وحق الله آكد قال: وإذا أتى بربح فللبائع أخذه بخلاف دين تقرر في ذمته على أن لا يتجر به، ثم تجر به؛ لأن التجر هنا شرط في أصل البيع قبل تقرر الدين في ذمته فلا تهمة؛ لأن لهما عقده على ما جاء به من ربح.

قُلتُ: قوله: (لا تهمة) يرد بالتهمة الموجبة لشرط إحضاره فعم التهمة في المواجرة على التجر بدين في ذمته أقوى، وزاد على شرط تعيين صنف ما يتجر فيه شرط دوامه في الشتاء والصيف، وأن يكون ممن يريد متصل التجر فإن شرط ما يحتكر لأسواقه لم يجز؛ إذ لا يدري هل يتغير سوقه مرة في السنة أو أكثر أو تخرج السنة دون تغير سوق ولو شرط تجره في تلك السنة مرتين لم يجز؛ لأنه نقد بعض السلعة في منافع رجل بعينه يقبضها لأجل بخلاف كون عمله متصلًا والربح إن كان قدره في مدة الإجارة متقاربًا جاز شرط التجر به وإلا لم يجز وكذا شرطه عدم الخسارة، وإن ظهر على عيب بالسلعة وقد فاتت رجع بقيمة العيب إن كانت العشر رجع بعشر الثمن وعشر قيمة منافعه على ماضي الشهور ويسقط عنه في المستقبل التجر في عشر الثمن، وله التجر لنفسه في قدره، وإن لم يقدر أن يتجر منها ناحية فله التجر في كل المائة وبغرم البائع قيمة عشر المنافع في

المستقبل كما لا ينقسم، وإن فاتت بعيب فإن تماسك رجع بقيمة العيب كما لو هلكت، وإن ردها رد مناب العيب من الثمن إن نقصها لعشر من أصل الثمن، وهو التسع بعد طرح العيب رجع المشتري بتسعين دينارًا، وقيمة تسع أعشار المنافع عن الماضي وسقط العمل في المستقبل؛ لأنه أول المنافع فإن كانت قيمة الإجارة مائة فالباقي عند المشتري قيمة ربع العيب وهو الذي يغرم للبائع وإن مات قبل عمله فإن كانت قيمة الإجارة مائة فأكثر والسلعة قائمة رجع شريكًا فيها بقدر الإجارة فإن رضي المشتري بعيب الشركة وإلا رد وإن كانت قيمتها الثلث فأقل رجع بذلك قيمة عند ابن القاسم وشريكا عند أشهب، وقاله ابن القاسم أيضًا، ويخير الورثة لعيب الشركة.

قُلتُ: كذا هو في غير نسخة وفيه نظر؛ لأن ظاهره لزوم البيع في السلعة، وإن كانت الإجارة أكثر من النصف، ومقتضى المذهب إن كانت أكثر من النصف لزوم الفسخ، وعلى قول ابن حبيب يكون مخيرًا حسبما تقدم في العيوب.

قال: فإن مات بعد عمله نصف السنة، فقد قبض البائع جل الثمن المائة ونصف العمل ورجوعه في الباقي شريكًا أو قيمة على ما تقدم ويختلف قيمة المشهور؛ لأنها أكريت بالنقد الذي ينوب الأول أرخص وما ينوب الآخر أغلى؛ لأنه كسلعة أسلم فيها وعليه الجواب إن مرض قبل السنة أو بعد عمله بعضها إن قال البائع خذ مالي إن مضى بعد السنة فله ذلك إن كان لا يرجى برؤه إلا بعد طول، وما يضر مثله فإن برئ بعد رجوع المال عن قرب والبائع موسر أتى بمائة أخرى، وإن لم يقدر على خلفها فسخت الإجارة.

اللخمي: إن بلغت السلعة المواجر على بيعها ما يباع به مثلها فالقول قول من دعي لترك النداء عليها، وفيها الإجارة على بيع سلع كثيرة على أنه بالخيار شهرًا جائز، ولا ينقد الصقلي ولا تطوعًا.

سَحنون: إنما يجوز خيار يومين أو ثلاثة.

حمديس: إن كان شهرًا فسدت؛ ومعناها: بعها على حساب الشهر بكذا.

القابسي: معناها: أنه بالخيار ما لم يعمل.

قُلتُ: وأخذ منها الكراء على قبول الزيادة والجعل والبيع في عقد واحد.

قال اللخمي: اختلف فيه وهو راجع إلى بيع سلعتين إحداهما على بت والأخرى على خيار.

وفي المقدمات: لا يجتمع الجعل والإجارة؛ لأن الإجارة لا تعقد إلا معلومًا في معلوم، والجعل يجوز فيه المجهول فهما مختلفًا الأحكام متى جمعا فسدا.

وعن سَحنون: إجازة المغارسة مع البيع وهو من هذا المعنى، وفي جواز بيع نصف ثوب أو دابة على أن يبيع مشتريه باقيه لبائعه، ثالثها: إن ضرب لبيعه أجلًا، ورابعها: إن ضربه وإلا جاز لعياض عن ابن لبابة مع الموطأ، والصقلي عن محمد مع إحدى روايتيها والمشهورة منها، واللخمي عن رواية مختصر ما ليس في المختصر مع قول ابن زرقون نحوه روى أشهب فيها ذكر فضل، ولعياض عن محمد لو كان فيها ينقسم مما يعرف بعينه، ويأخذ نصيبه متى شاء جاز إن ضرب الأجل، وهو قول بعض الرواة عن مالك.

فيها: قال ابن لبابة: كان على وجه الجعل أو الإجارة.

قُلتُ: كذا نقل عنه عياض، ونقله الصقلي عنه لا يقيد مما يعرف بعينه، وتعقبه بأنه يدخل فيه المكيل، والموزون وكل ما لا يعرف بعينه.

وفي الموطأ: ما نصه من ابتاع سلعة فقال له رجل: أشركني بنصفها وأنا أبيعها لك جميعًا أنه لا يجوز، وقبل عياض قول ابن لبابة في قول مالك في الموطأ: بيع نصف سلعة على أن يبيع له النصف الآخر حلال أحسبه؛ يريد: ضرب أجلًا أم لا في بلده أو غيره، وله من الأجل إن لم يضرب قدر ما ابتاع إليه، وسمع القرينان في كتاب الشركة من أشرك في لؤلؤ اشتراه قومًا على أن لا يقاسمهم إياه؛ بل على أن يبيعه لهم فعليه أن يبيعه لهم، ولو بار اللؤلؤ وذهب الوقت الذي كان يراد بيعه إليه لم أر ذلك عليه، ودفع لهم الذي لهم بمقاسمته إياهم.

ابن رُشْد: ظاهره جواز ذلك، وإن لم يضرب لبيعه أجلا وذلك فاسد؛ لأنه جعل وبيع وذلك غير جائز، ووجه هذه الرواية أنه رأى أن ما يباع إليه اللؤلؤ معروف بالعادة كالأجل المضروب، وهو بين من قوله: لو باع اللؤلؤ وذهب الوقت الذي كان يرجى

بيعه إليه؛ يريد: ويستوجب البائع كل الثمن، ولو باعه في نصف الأجل لرجع المبتاعون بمناب ذلك من الثمن.

قُلتُ: مقتضى كلام ابن رُشْد: عدم وجود القول الأول، وقال ابن الحاجب: لو باعه نصف سلعة على أن يبيع له نصفها، أو بأن يبيع له نصفها، فثالثها: إن عين أجلًا جاز، ورابعها: عكسه فلم يعز ابن هارون القول الرابع واستبعده.

وكذلك ابن عبد السلام وزاد: ويقرب منه ما في مختصر ما ليس في المختصر.

قُلتُ: الأظهر أنه هو؛ ولذا لم يذكره ابن الحاجب، واشتهر عن مالك وغيره إطلاق لفظ المكروه على المحرم قاله في جامع العتبيَّة وغيره، وقبولهما نقله الأقوال بالفساد في بيعه نصف سلعة بأن يبيع له نصفها غير صواب؛ لأنه دون أجل مجرد جعل وبالأجل إجارة وكلاهما جائز، وظاهر كلام ابن الحاجب أن لا فرق بين كون بيعه بالبلد أو بغيره، والجواز في المدَوَّنة مقيد بكونه في البلد، وتقدم لابن لبابة غير البلد كالبلد، وفيها: تجوز الإجارة على بيع قليل السلعة وكثيرها إن ضرب للبيع أجلًا وإلا لم يجز إن باع لتمام الأجل فله كل الأجر، وإن باع في ثلثه فله حصته من الأجر ولا يجوز نقده؛ لأنه إن باع في نصفه رد نصف ما قبض فيدخله بيع وسلف، وإن لم ينقده فللأجير قبض حصته ما مضى من يوم.

الصقلي عن الموازيَّة: من واجر من يبيع له متاعًا شهرًا فباعه قبل الشهر فليأته بمتاع آخر يبيعه لتمام الشهر.

محمد: هذا إن لم يكن متاعًا بعينه، وكذا القمح وغيره، ويجوز فيه النقد والمعين لا يجوز فيه النقد، فإن باع في نصف الأجل فله بحسابه.

ابن الحاجب: وعلى الصحة في التعيين لو بقي بعض الأجل حوسب، ولو انقضى ولم يبع استحقه.

ابن عبد السلام: مراده بالتعيين: ضرب الأجل وتعيينه ثم ذكر ما تقدم عن الموازيَّة، وقال: ظاهر الخلاف ما قاله ابن الحاجب، ولعله على القول الثاني من الأقوال الأربعه فتأمله.

قُلتُ: قوله: (خلافًا لنقل ابن الحاجب) يقتضي أنه على نقل ابن الحاجب تجب المحاسبة إن باعه في أثناء الشهر، ولو كان متاعًا بغير عينه ولا يخفى فساد هذا على منصف وإنما جاء هذا من تفسيره التعيين بضرب الأجل، والصواب تفسيره بتعيين المستأجر على بيعه.

فإن قلت: موجب حمله على الأصل قول المؤلف قبله إن عين أجلًا.

قُلتُ: لا يوجب حمله عليه قصره عليه بل الواجب حمله عليه وعلى ما قلناه السلامة من مخالفة المذهب.

وسمع عيسى ابن القاسم: لا خير في مؤاجرته أن يبيع له ما جاءه شهرًا على أن لم يجئه بشيء فله أجره إلا أن يقول إن لم يجئه شيء فله أن يؤاجره في مثل ذلك.

ابن رُشْد: إن لم يقع شرط ولا تسمية لما جاءه جازت الإجارة؛ لأن الحكم يوجب استعماله في مثل ما استأجره فيه اتفاقًا، فإن لم يستأجره لشيء ومعين ولو قال: ما يأتي من بلد كذا أو من عند فلان لم يجز على غير شرط على أصله في الاستئجار على رعاية غنم بأعيانها لا يجوز إلا بشرط الخلف، وسَحنون: يجوز ذلك، ويرى الحكم عليه الخلف، ولو شرط أن لا يبيع له إلا ما جاءه فلم يجئه أو قل فله من الأجر بحساب ما جاءه، فإن نقد لم يجز اتفاقًا، وإن لم ينقد جاز على قول ابن القاسم في الذي يكتري من الجمال على أن يسوق له برًا من بلد كذا، فإن وجده بالطريق رجع وله الأجر بحسابه أنه جائز، ولم يجز على قول سَحنون أنه لا يجوز، وفيها: إن باعه نصف طعامه على أن يبيع له النصف الآخر بالبلد، وضرب له أجلًا لم يجز الباجي عنها إن كان مكيلًا أو موزونًا لم يجز سَحنون؛ لأنه يغيب عليه، وقد يبيع في نصف الأجل فيرد ما غاب عليه فيدخله سلف، وإجارة اللخمي أجازه ابن القاسم في الموازيَّة في كل مكيل وموزون، وينقد الجميع لما كان مناب الإجارة يسيرًا لم يتهما فيه على بيع وسلف، وفي التنبيهات، وكانت رواية سَحنون عن ابن القاسم: أنه لا بأس به في الطعام وغيره.

قال فضل: أصلحت في المدَوَّنة ولما خلط ابن الحاجب مسائل كتاب الجعل والإجارة بمسائل كراء الدور والأرضين والرواحل كابن شاس التابع للغزالي رأيت

إفراد الكلام على مسائل كل كتاب أنسب للناظر في مسائل المدَوَّنة

[باب منفعة الإجارة]

المنفعة: ما لا يمكن الإشارة إليه حسا دون إضافة يمكن استيفاؤه غير جزء مما أضيفت إليه[1]، فيخرج الأعيان والعلم والقدرة ونحو نصف العبد ونصف الدابة

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (ما لا يمكن) أي: الشيء الذي لا يمكن الإشارة إليه، وهو عام جنس للمنفعة.
قوله: (حسًا) احترز مما يمكن الإشارة إليه حسا من الأعيان بنفسه كالثوب والدابة فإنهما ليسا بمنفعة.
قوله: (دون إضافة) معمول لإشارة وهو قيد في الإشارة ومعناه ما لا يشار إليه حسا إلا بقيد الإضافة، ولا يمكن عقلًا إلا ذلك مثل ركوب الدابة ولبس الثوب بخلاف الثوب، والدابة فإنهما يمكن الإشارة إليهما حسًا من غير إضافة فركوب الدابة منفعة والدابة ليست كذلك.
قوله: (يمكن استيفاؤه) أخرج به العلم والقدرة؛ لأنهما لا يمكن استيفاؤهما ولا تمكن الإشارة إليهما حسًا إلا بإضافتهما تقول هذا علم زيد.
قوله: (غير جزء مما أضيف إليه) أخرج به نفس نصف العبد ونصف الدار مشاعا؛ لأنه يصدق عليه وهو مشاع لا تمكن الإشارة إليه إلا مضافًا، ويمكن أخذ المنفعة منه لكنه جزء مما أضيف إليه وليس ركوب الدابة وما شابهه، كذلك فقوله يمكن صفة لما يمكن.
(فإن قلت): قد قررت قوله ما لا يمكن الإشارة إليه حسا دون إضافة على معنى لا تمكن الإشارة إليه حسا بإضافة؛ لأنه في المعنى نفي نفي وهو إثبات فخلاصته ما ذكرته وهو أخصر بكثير، فما دل عليه ما هو موافق له في معناه، ولأي شيء عدل ﷺ عن ذلك إلى ما ذكره.
(قُلتُ): كان يظهر لي أنه لو وقع التعبير بذلك دون ما ذكر لصدق ذلك على قولنا غلام زيد، ويكون منفعة فيكون رسمه غير مطرد؛ لأن غلام زيد يصدق عليه أنه أشير إليه حسًا بإضافة، وهو ليس بمنفعة ولا يصدق عليه قوله الذي لا يمكن الإشارة إليه بدون إضافة؛ لأن المضاف وهو الغلام تمكن الإشارة إليه من غير إضافة والله أعلم فتأمل ذلك فلك النظر فيه.
(فإن قلت): أطلق الشَّيخ في قوله: يمكن استيفاؤه وظاهره ولو ذهبت العين وليس كذلك.
(قُلتُ): هذا لا يخل بحده فإن حده لما هو أعم من إجارة صحيحة أو فاسدة وقد ذكر شرط المنفعة للإجارة الصحيحة بعد.
(فإن قلت): قال الشَّيخ: وهي ركن؛ لأنها المشتراة فما بيان الاستدلال بكونها مشتراة على الركنية.
(قُلتُ): يظهر أنه جلي؛ لأنه إذا سلم أن المنفعة مشتراة وكل مشتري فهو ركن بدليل ما تقدم في البيوع، فإنهم قالوا: أركانه الصيغة والبائع والمشتري والمعقود عليه وهو المشتري فصح أن المنفعة مشتراة،

مشاعا وهي ركن؛ لأنها المشتراة.

[باب شرط المنفعة في الإجارة]

وشرطها إمكان استيفائها دون إذهاب عين يقدر على تسليمها معلومة غير واجب تركها ولا فعلها(1).

وكل مشتري فهو ركن فالمنفعة ركن.

(فإن قلت): يرد على ذلك سؤالان:

(الأول): أنه هنا صير المنفعة في الإجارة مشتراة فيلزم أن تكون الإجارة بيعًا، وقد أخرجها من حد البيع.

(قُلتُ): هذا فيه تسامح وقد قدمناه.

(الثاني) أنه تقدم إشكال كون الشَّيخ صير ذلك ركنا للمحدود وإنما ذلك ركن للماهية الحسية

(قُلتُ): تقدم تأويله والجواب عنه في البيع والله سبحانه أعلم.

(فإن قلت): هل يرد على الشَّيخ: إجارة الرضاع وما ضاهاه مما أمكن استيفاؤه، وهو جزء فيكون حده غير منعكس؛ لأن ذلك من منفعة الإجارة.

(قُلتُ): لم يظهر قوة جواب والله سبحانه أعلم.

(1) قال الرَّصاع: قوله: (شرطها إمكان استيفائها دون إذهاب عين يقدر على تسليمها معلومة غير واجب تركها ولا فعلها) فخرج الواجب والمحرم.

قال الشَّيخ: (إمكان استيفائها) أخرج به العين وما شابهها إلا ما ذكره اللخمي، واختاره وباقي الشروط ظاهر، ولذا قال: (فخرج... إلخ)، واعترض الشَّيخ: على الغزالي ومن تبعه بقوله وتبع ابن شاس وابن الحاجب الغزالي فقالا: هي متقومة غير متضمنة استيفاء عين قصدًا مقدورًا على تسليمها غير حرام، ولا واجبة معلومة قال: ففسروا متقومة بما لها قيمة وهو قول الغزالي عنينًا بالمتقوم إن استأجر تفاحة للشم والطعام لتزيين الحانوت فلا يصح؛ لأنه لا قيمة له انظره والله الموفق.

(فإن قلت): الشَّيخ: ذكر الإجارة وحدها، وذكر أصنافها من إجارة عبد وحر وبناء وحفر ورضاع وتعليم صنعة وقرآن وغير ذلك مما هو متعلق الإجارة، ثم ذكر بعد ذلك في كتاب الإجارة كراء الأرض والسفن وغير ذلك مما أخرجه من حده، ولا يصح انطباق الحد عليه فكان المناسب أن يعمل ذلك كتبًا كما وقع في المدَوَّنة، ويذكر لها رسومها بخواصها.

(قُلتُ): الصواب ذلك كما جرت عادته: سيما، وقد ترجم على ذلك في المدَوَّنة: ولذلك رأيت الشَّيخ قبل هذا قال: ولما خلط ابن الحاجب مسائل كتب الجعل والإجارة بمسائل الكراء في الدور

وتبع ابن شاس وابن الحاجب الغزالي فقالا: هي متقومة غير متضمنة باستيفاء عين مقدورًا على تسليمها غير حرام، ولا واجبة معلومة ففسروا متقومة بما لها قيمة وهو قول الغزالي عنينًا بالمتقوم أن استئجار تفاحة للشم والطعام لتزيين الحانوت لا يصح، فإنه لا قيمة له، وتبع ابن الحاجب ابن شاس في قوله: في إجارة الأشجار لتجفيف الثياب قولان وقبله شارحاه، ولا أعرف القول بالمنع ومقتضى المذهب الجواز كإجارة مصب مرحاض، وحائط لحمل خشب، وفي الخيار منها لا تجوز إجارة ما لا يعرف بعينه من طعام، أو إدام، أو نحوه.

الجلاب: لا يجوز إجارة الدنانير والدراهم، والأجرة عن مستأجرهما ساقطة.

ابن شاس: منع ابن القاسم استئجار الدنانير والدراهم لتزيين الحوانيت، وأجاز جميع ذلك الشَّيخ أبو بكر وغيره إن كان المالك حاضًرا معه.

قُلتُ: كذا عزاه في المعونة للأبهري، وفي عيون المسائل لابن القُصَّار إن كان في الدنانير والدراهم عرض ينتفع به دون إتلاف عينها جازت إجارتها مثل أن يعير بها مكاييل أو موازين أو أن يتجمل بها صيرفي.

قُلتُ: وتعقب هذا بأنه غرور وخديعة يرد بأنه كذلك في لبس الثياب يعرض فيه إرادة الغرور بالثياب الرفيعة، ومعنى ذلك حيث لا غرور كالبلاد المعروف فيها ذلك والمجاورة لأهل الحرب التي يدخلها بعضهم كالأندلس حيث يكون ذلك إرهابًا للعدو وعليه يحمل قول اللخمي في عاريتها لذلك وفي الجعل منها تجوز إجارة الآنية والقدور والصحاف، وفي وثائق ابن العطار: لا يجوز كراء ما لا يعرف بعينه مثل قدور الفخار وصحاف الحنتم وشبه ذلك.

قال ابن الفخار: أما قدر الفخار فالدخان يغيرها حتى لا تعرف بعينها إلا أن يتبين

والأرضين والرواحل؛ كابن شاس تابعًا للغزالي رأيت إفراد الكلام على مسائل كل كتاب أنسب للناظر في المدَوَّنة وحقه: أن يعرفها، ولا بد أن نكمل على ذلك في ذكر الحدود ما أدمجه في حده من الإجارة والله الموفق للصواب.

بنقش فيها وأما صحاف الحنتم فتعرف بأعيانها فلا معنى لقوله فيها: يمنع كراؤها.

قُلتُ: مقتضى كلامهما عدم ذكرهما ما ذكرناه عنها، وهو قصور، وارتضى ابن فتوح قول ابن الفخار، وعارض بعض الفاسيين قولها في الجعل بقولها أول أكرية الدور والطعام، وما يكال ويوزن ويعد مما لا يعرف بعينه يجوز الكراء به، ولا يجوز أن يكري، ومن أنصف وقرأ يسيرًا من أصول الفقه تيقن أن لا مناقضة بين قولها القدور والصحاف تعرف بعينها، وبين مقتضى قولها في الدور بعض ما يعد لا يعرف بعينه؛ لأنه يصدق بالدنانير والدراهم الجائزة عددًا، وفي جواز إجارة المصحف ومنعه نقلًا اللخمي عن ابن القاسم فيها، ومحمد مع ابن حبيب.

الصقلي: عنه بعد نقله عنه لفظ لا يجوز، وكره إجارته من لقيت من أصحاب مالك، واختلف فيه قول ابن القاسم ففي كون الكراهة، ثالثا: نظر ابن شاس الشرط الثاني أن لا يتضمن استيفاء عين فلا يصح استئجار الأشجار لثمرها والشاة لنتاجها ولبنها وصوفها؛ لأنه بيع عين قبل الوجود وتبعه ابن الحاجب، ولا أذكر هذا الفرع لأهل المذهب في الإجارات لوضوح حكمه من البياعات؛ وإنما ذكره الغزالي وتبعه ولو رسموا المنفعة بما قلناه ما احتاجوا لذكره، واستثنى ابن شاس مسألة إدخال الشجرة في الدار، وفي اكترائها في أكرية الدور منها من اكترى دارًا أو أرضًا بها أو دالية أو بالأرض سندس نخل لا ثمر فيها أو بها ثمر لم يزه فالثمرة للمكري إلا أن يشترطها المكتري، فإن كانت مثل الثلث فأقل جاز ويلغى الثلث عن مالك ولم يبلغه في سؤالي إيال تقوم الأرض أو الدار دون الثمرة إن قيل: عشرة، قيل: ما قيمة الثمرة فما عرف مما تطعم كل عام بعد طرح قيمة المؤنة، والعمل إن قيل: خمسة فأقل جاز كالمساقاة.

قُلتُ: للخمي في هذا التقويم بحث تقدم في المساقاة.

الصقلي: عن محمد عن أَصْبَغ هذا إن علم طيب الثمرة قبل معنى مدة الكراء وإلا لم يجز، وذكره ابن فتوح غير معزو كأنه المذهب.

التونسي: ينبغي إن أكرى سنين أن ينتظر لثمرة كل سنة إن كان تبعًا لتلك السنة جاز، ولو كانت في بعضها غير تبع، وإن أضيفت إلى جملتها كانت تبعًا لا شبه أن لا

يجوز كما لو اكترى دورًا في صفقة في بعضها ثمرة أكثر من ثلثها، ولا شيء في بقية الدور أو فيها أقل من الثلث إن جمع الجميع كان أقل من الثلث لم يجز، وفيها: لو اكترى أرضًا بها زرع أو بقل لم يطب فاشترطه جاز إن كان تافها ولا أبلغ بهذا الثلث ولو كانت الثمرة في الدار الثلث فشرط المكتري نصفها لم يجز، إنما جاز إذ هي تبع بالسنة فإن شرط نصفها صار بيع ثمر قبل زهوه، وكذا حلية السيف والخاتم ومال العبد.

الصقلي: وأجازه كله أشهب محمد عن ابن القاسم إن كانت الثمرة بالدار أكثر من الثلث فاشترط منها الثلث فأقل لم يجز.

الصقلي: ويجوز على قول أشهب، وقال يحيى بن عمر: لو شرط ثمرة النخلة وهي دون الثلث فانهدمت الدار في نصف السنة والثمرة طابت نسبت قيمة الثمرة على المتعارف كل عام لمجموع قيمتها وقيمة ما سكن فقط، فإن كان ثلث ذلك فالثمرة للمكتري وإلا فلرب الدار وفسد فيها البيع إن جدها المكتري رطبًا رد قيمتها وإن جدها ثمر فمكيلها ولو انهدمت والثمرة لم تطب ردت لرب الدار ولو كانت تبعًا لما سكن محمد إن كانت قدر ثلث الصفقة أو لا، وانهدمت الدار نصف السنة ردت الثمرة بحصتها من الثمن طابت الآن أو لا، وعلى المكتري نصف ما وقع على الدار من الكراء دون الثمرة.

الصقلي: هذا كقول يحيى، وللعتبي عن أبي زيد عن ابن القاسم إن كانت قدر ثلث الصفقة يوم العقد والهدم في نصف المدة، فإن طابت الثمرة فهي للمكتري وعليه ثلثا الكراء، وإن لم تطب فهي لرب الدار وله ثلث الكراء؛ يريد: إن استوت قيمة الشهور، وقال بعض فقهائنا القرويين: يجب كونها للمكتري وإن لم تطب؛ لأنها في العقد ثلث ولا تهمة لطريان الهدم، وقاله في الواضحة ابن القاسم: لو استقاله المكتري فأقاله، وقد نقد أولا ولم تطب الثمرة، فإن كانت تبعًا لباقي المدة جاز كابتداء كراء من المكتري للمكري، وإن طابت الثمرة جاز، ولو نقدا ثم رجع ابن القاسم، فقال: إن نقد كان بيعًا وسلفًا.

الصقلي: ولو أبقى المكتري الثمرة لنفسه، وقد طابت فإن كانت تبعًا لما مضى جاز

على القولين، وإن لم يكن تبعًا لم يجز على رواية يحيى واحتمل الجواز على رواية أبي زيد في الهدم؛ إذ هي تبع في العقد ويحتمل الفرق بأن الهدم طار والإقالة برضاهما فيتهمان على بيع الثمر قبل بدو صلاحه كما اتهما في النقد على بيع وسلف، وإن لم تطب الثمرة لم يجز بقاؤها للمكتري، ولو كانت تبعًا لما مضى ولابن حبيب مثل رواية أبي زيد.

قُلتُ: ما ذكره عن ابن القاسم - إلى قوله -: كان بيعًا وسلفًا هو سماعه عيسى ابن رُشْد: تحصيلها إن كانت الإقالة والثمرة طابت فتركها لرب الدار جائز بكل حال، وإن أبقاها لنفسه جاز إن كان تبعًا للأشهر التي سكن ككونها السدس من كراء السنة، وإن لم تطب لم يجز إبقاؤها لنفسه بحال، وتركها لرب الدار جائز إن كان تبعًا لما بقي، وإن لم تكن تبعًا له ولم يزد في رواية أبي زيد شيئًا، وفيها: لا بأس بإجارة الظئر بكذا، ومع شرطها عليهم طعامها وكسوتها.

اللخمي: يجوز بالطعام كالعين، وليس من بيع الطعام بالطعام ويجب حضور الصبي ليرى وإن غاب لم يجز إلا بذكر سنه ويجزئه رضاعه أحسن ولا يجوز على قول سَحنون إلا بتجربته لقوله: إن مات أحد الصبيين المستأجر على رضاعهما انفسخت الإجارة لاختلاف الرضاع.

قال: لأنها إن أجرت نفسها ليرضع آخر بدل الميت لم يدر هل رضاعه مثل الميت أم لا.

ابن فتوح: قال مالك: يجوز بشرط نفقتها وكسوتها دون صفة؛ لأن ذلك معلوم، وقول ابن الحاجب: استئجار المرضع، وإن كان اللبن عينًا للضرورة تبع فيه قول ابن شاس يصح استئجارها للإرضاع مع الحضانة فيندرج اللبن تحتها، وإن كان عينًا للضرورة بل يجوز استئجارها للبنها فقط للضرورة، وكلاهما تبع.

الغزالي: قال ما نصه: استئجارها للإرضاع مع الحضانة جائز، وفيه دون حضانة خلاف الأولى الجواز للحاجة، وقول ابن الحاجب: وإن كان اللبن عينًا للضرورة يرد بأنه ليس لمجرد اللبن، وإن جرد عن الحضانة؛ لأن الإرضاع ملزوم لمؤنته وهي تناول الصبي وضعه في حجرها وإلقامه الثدي وتسويته لذلك، وذلك عمل زائد على نفس

اللبن، وفيها: ليس لزوجها وطؤها إن أجرت نفسها بإذنه وله فسخ إجارتها بغير إذنه.

الصقلي: قال ابن حبيب عن أَصْبَغ: لا يمنع من وطئها إلا أن يشرط عليه أو يتبين إضراره ذلك بالصبي وقول ابن القاسم أحب إلي؛ لأن الزوج لا يكون موليًا بيمينه على تركه وطأها مدة الرضاع، وإن اختلف فيه ابن فتوح عن ابن الماجِشُون لا يمنع الزوج من وطئها؛ لأنه ﷺ قال: **«لقد هممت أن أنهى عن الغيلة»**[1]، ولم ينه عنها.

ثم قال عن ابن حبيب: بقول ابن القاسم أقول لا بقول أَصْبَغ؛ لأني سمعت ابن الماجِشُون يقول: العرب تقول لو لم يبق من عمر المغيل إلا يوم واحد لأدركه ضرر ذلك، وأخذ الشُيُوخ من قولها: أن من اختلعت من زوجها على رضاعتها ولده أن ليس لها أن تتزوج حتى تتم الرضاعة.

قال أبو إبراهيم: انظر لو تزوج رجل من بان أنها استأجرت نفسها ظئرًا ترضع في بيت الصبي، هل هو عيب يوجب له فسخ نكاحه؟

قُلتُ: الأظهر أنه عيب تقدمت مسألة الخلع في فصله وفيها ترضع حيث اشترطوا، فإن لم يشترطوا موضعًا فشأنه عند الأبوين إلا من لا يرضع مثلها عند الناس، ومن الناس من هو دني الشأن فإن طلبه عنده لم يكن ذلك له؛ لأنه لا خطب له.

قُلتُ: أتحفظه عن مالك.

قال: لا.

عبد الحق عن بعض شُيُوخه: إن شرطنا إرضاعه في بيت الصبي فمات زوجها رجعت لبيته للعدة؛ إذ لا مبيت لها بغيره، قيل: قد لزمها شرط المقام قبل العدة.

قال: طرأ ما هو أقوى منه وهي العدة لحفظ النسب.

قيل: قد قال: إن سبق الاعتكاف الطلاق لم يخرج منه.

قال: مقام المعتكف بالمسجد، وهو موضع أمن عليها.

---

(1) أخرجه مسلم رقم (1442) في النكاح، باب جواز الغيلة، والموطأ: 8/ 607 و608 في الرضاع، باب جامع ما جاء في الرضاعة

قُلتُ: ولأنه حق لله فهو آكد من حق الآدمي، وفيها: ويحملون في مؤنة غسل خرق الصبي وجسمه ودهنه، ودق ريحانه وطيبه على عرف الناس.

اللخمي: ما يحتاج إليه الولد من ريحان أو زيت أو غسل غير داخل في الأجرة إلا أن تكون العادة أنها في مالها.

الشَّيخ عن ابن عبد الحكم: على الظئر غسل خرق الصبي وما يحتاج إليه والقيام بما تقوم به الأم ويرضيه وتدق ريحانه، وفيها: إن حملت المرضع فخافوا على الصبي ألهم فسخ الإجارة.

قال: نعم ولا أحفظه عن مالك، ونقل اللخمي: فسخها بمجرد الحمل لا بقيد الخوف على الولد.

قال: لأن رضاع الحامل يضر الولد، وفيها: فسخها بموضع الرضيع، وليس لها ولا لأبويه الإتيان بصبي ترضعه.

اللخمي: في كتاب ابن سَحنون: ولا ينفسخ وعلى الأب الإتيان بمثله.

قُلتُ: يأتي بيان هذا الأصل، ولا تنفسخ بسفر الأبوين، وليس لها أخذه إلا بدفع كل الأجرة، وإن واجرت شريفة نفسها لزمها، وإن لم يلزمها إرضاع ولدها.

اللخمي: أرى إن كان لها من تدركه معرتها من أب أو ولد أو ولد ولد أن تفسخ الإجارة.

قُلتُ: إلا أن تنزل بها حاجة، وفيها: إن مرضت بحيث لا تقدر على رضاعه فسخت الإجارة، فإن صحت في بقية منها جبرت على رضاعه بقيتها، ولها من الأجر بقدر ما أرضعت ولا عليها إرضاع ما مرضت.

قال غيره: إلا أن يكونا تفاسخا.

اللخمي: إن لم يرج برؤها عن قرب فسخ، فإن فسخ لذلك، ثم برأ عن قرب ففي كونه حكمًا مضى، ورده ليتبين الخطأ خلاف منه أخذ دية العين لنزول ما ثم يذهب، وخطأ الخارص وإن لم تفسخ لقرب زوال المرض ولم يوجد من يرضعه إلا بقية كل المدة أجبرت على رضاعه القدر المضطر إليه.

الصقلي عن ابن عبد الحَكم: لو تكفلت الظئر بوجه رجل فقام عليها المتكفل عليه له لغيبة الغريم لم تحبس له؛ لأن حمالتها تطوع بعد عقد الرضاع، وليس لها أن تتطوع بما يفسخه ونقله اللخمي غير معزو كأنه المذهب.

قال: ولو كانت كفالتها قبل عقد إجارتها سجنت له، ونظر في مدة سجنها كمرض.

وفيها: إن واجرها على صبيين حولين فمات أحدهما بعد حول سقط عنه منابه من الأجرة باعتبار رخص الكراء وغلائه، واختلاف الأزمنة من شتاء وصيف وكبر الصبي وصغره، ولها إرضاع غيره بأجر مع الباقي.

الصقلي: عن سَحنون تفسخ الإجارة، إذ لا يحاط بذلك، وتقدم أخذ اللخمي منه لزوم.

اللخمي: منه أخذ تجربة رضاع الصبي، وفيها: إن واجرها على إرضاع صبي لم يكن لها إرضاع غيره معه.

قُلتُ: لها تفريع يذكر في رعاية الغنم، وفيها: إن واجر ظئرين فماتت إحداهما فللباقية أن لا ترضع وحدها كأجيرين على رعاية مات أحدهما.

اللخمي: من حق الباقية أن يأتي الأب بمن يرضع معها، وإن لم يجدها فللباقية فسخ الإجارة إلا أن تقول أرضعه النوبة التي كنت أرضعه مع الأخرى.

قُلتُ: ولا يجب إن رضي الأب ذلك وأبت؛ لأنه يرضع أكثر، وإن واجر واحدة ثم أخرى تطوعًا فماتت؛ لزم الأولى كل الرضاع، وإن ماتت الأولى فعليه أن يأتي بمن يرضع مع الثانية.

عبد الحق: هذا إن علمت الثانية حين العقد أن معها غيرها، وإلا فلا كلام لها، وقاله حمديس.

وفيها: إن مات الأب في أثناء المدة فمناب ماضيها عليه، وإن مات عديمًا ومناب باقيها على الولد فإن لم يكن له مال ولا تطوع به أحد فلها فسخ الإجارة، ولو قالت: أرضعه لاتبعه فلا اتباع لها كنفقة على يتيم كذلك، ولو كان الأب قدم مناب باقيها ففي

كونه لوارثه أو للولد ثالثها مناب الزائد على عامين للولد لابن القاسم مع روايته فيها مستدلًا بأنه لو مات الصبي والأب حي كان ما دفعه الأب للمرضع له دون أب، ولأشهب واللخمي قالا: لأنه هبة له وعلى كونه للإرث ففي أخذه لبنا أو أجرة.

نقلا اللخمي مصوبًا بالثاني: كموت الصبي والأب حي، وفيها: وما بقي مما لم ترضعه الظئريين ورثة الميت، ونقله اللخمي: بلفظ ما بقي من الرضاع ميراث.

قال: فيحتمل أن الوصي يأخذه له بالثمن، أو كقول سَحنون: يخلف الصبي فيكون من حق الظئر أن الإجارة منعقدة، والوصي يأخذ ذلك من حظه بالثمن أو يبيعونه بما شاءوا، وعلى إرث الأجرة فعقدها منفسخ وعلى أن الخلف في موت الصبي من حق الأب، فللوصي إلزامها العقد.

عبد الحق: إن قدم الأب أجر تعليم ولده فمات لم يكن ما قدمه ميراثًا بخلاف أجر الظئر؛ لأنه على الأب واجب بخلاف أجر التعليم، إلا أن يعلم أن الأب بتله للولد خوف الموت في صحته، وأعرف نحو هذا لمحمد.

اللخمي: عن أشهب إن مات الأب، وقد قدم أجر التعليم فهو للولد لا يورث، وإن مات الصبي رجع للأب إن كان حيًا ولوارثه إن كان ميتًا كمن أخدم عبده رجلًا حياته.

قال محمد: وأبى ذلك ابن القاسم في الظئر والمعلم، وقد قال: ذلك كالنفقة يقدمها الأب والروايتان في الموازيَّة، وفيها: لا بأس أن يؤاجر الرجل أمه أو أخته أو ذات محرم منه على رضاع ولده ولا ينافيه نقل بعضهم منع استخدام الولد والده؛ لأن الإرضاع خفيف.

واستئجار أجير معين على شروعه لما قرب كاليومين جائز اتفاقًا ولما بعد كالشهر.

قال ابن رُشْد: أول مسألة من سماع ابن القاسم دليل هذا السماع جوازه، وهو نحو قولها في الرواحل يجوز كراء الراحلة بعينها على أن تركب إلى شهر إن لم ينقد، ولابن حبيب: من استأجر أجيرًا على أن يشرع إلى أيام لم يجز إلا إلى أيام قلائل كالجمعة، وما لا يطول فيحتمل أن يريد مع النقد فتتفق الأقوال.

قُلتُ: ظاهره أن لا خلاف في ذلك، إلا ما ذكره عن ابن حبيب.

وفيها: من اكترى دابة على أن يركبها بعد شهر.

قال مالك: لا بأس به إن لم ينقد، وقال غيره: لا يجوز وتقدم هذا، وحكم النقد في مسألة الدولة، وقول ابن الحاجب: يصح إجارة الرقبة، وهي مستأجرة أو مستثنى منفعتها مدة تبقى فيها غالبًا.

ابن عبد السلام: قوله: الرقبة تشمل الحيوان وغيره واضح، وحكم غير الحيوان في محله، وتبع ابن شاس الغزالي في شرط المنفعة بالقدرة على تسليمها فيمتنع استئجار الأخرس للتعليم والأعمى للحفظ ونحوه.

والعجز الشرعي كالحسي لا يجوز على إزالة عضو محترم أو حائض على كنس مسجد.

قُلتُ: تقدم نحو هذا في أحكام المساجد في الصلاة، وتبع ابن شاس الغزالي في قوله العجز الشرعي كالحسي في الإبطال لو استأجر على قلع سن صحيحة أو قطع يد صحيحة لم يجز، ولو كانت متآكلة والسن متوجعة جازت واتباعه الغزالي في مسألة اليد وإضافته ذلك للمذهب خير أن يقال فيه لا يحل؛ لأن كل مؤلف في مذهب هو مؤتمن على نقل أقوال أهل ذلك المذهب، فإن لم يجد المسألة لهم ووجدها في غير المذهب وزعم أن مقتضى مذهبنا هو مذهب المخالف ذكر ذلك، كما فعل ابن بشير وغيره في مسألة فاقد مطلق القدرة على الحركة في الصلاة، وعقله ثابت؛ ولذا والله أعلم لم يتبعه ابن الحاجب والمسألة منصوصة عندنا في سماع عبد الملك في كتاب الديات قال: أخبرني من أثق به عن ابن وَهْب وأشهب من ذهب بعض كفه فخاف على باقي يده لا بأس أن يقطع يده من المفصل إن لم يخف عليه الموت.

ابن رُشْد: إن كان خوف الموت من بقاء يده كذلك أشد من خوف موته بقطعه فله القطع وفيها لا يعجبني الإجارة على تعليم الفقه والفرائض لكراهة مالك بيع كتبها.

اللخمي: وعليه تكره على كتابته، وروى محمد منع بيعها في الدين، وقال في غير

الموازيَّة: الوارث فيها كغيره إن كان أهلًا لها، وقاله سَحنون، وعليه لا يجوز على تعليمه أو كتابته، وقيل: ذلك جائز، وتباع في الدين وغيره لمحمد بن عبد الحَكم بيعت كتب ابن وَهْب بثلاثمائة دينار وأصحابنا متوافرون فلم ينكروه، وكان أبي وصيه فعلى هذا تجوز الإجارة على تعليمه وكتابته وهو أحسن، ولا أرى أن يختلف اليوم فيه؛ لنقص حفظ الناس وفهمهم عن من تقدم.

قال مالك: لم يكن للقاسم ولا لسعيد كتب، وما كنت أكتب في هذه الألواح. وقلت لابن شهاب: أكنت تكتب العلم.

قال: لا.

قُلتُ: أكنت تطلب أن يعاد عليك الحديث.

قال: لا، فلو فعل الناس هذا ضاع العلم وتلف رسمه والناس اليوم مع كتبهم في قصور والقول في الفروع بالاجتهاد، والقياس واجب، ومعرفة أقوال المتقدمين والترجيح بينها معين في مواضع الاجتهاد يجوز للمفتي أن يكون له أجر من بيت المال.

قُلتُ: في الأجر على الشهادة خلاف، وكذلك في الرواية، ومن شغله ذلك عن جل تكسبه فأخذه الأجرة من غير بيت المال لتعذرها عندي خفيف، وهو محمل ما سمعته من غير واحد عن بعض شُيُوخ شُيُوخنا، وهو الشَّيخ الفقيه أبو علي بن علوان أنه كان يأخذ الأجر الخفيف في بعض فتاويه.

وفيها: لا يعجبني على تعليم النوح والشعر أو كتبه.

اللخمي والصقلي عن ابن حبيب: لا بأس بها على تعليم الشعر والرسائل وأيام العرب، ويكره شعر الخمر والخنا والهجاء، وعلى قوله: (يجوز على كتبه وبيع كتبه) قلت: كراهة شعر الخمر وما بعده على الحرمة، وانظر هذا مع ترويه كثير من الأشياخ كتاب مقامات الحريري مع فحش بعض ألفاظها ولقد أخبرني بعض ثقات أصحابي أنه رواها علي إمام الجامع الأعظم ببلدنا، وهو الشَّيخ الإمام الخطيب أبو محمد بن البراء قال: فلما انتهيت إلى الموضع الذي يتلو قوله عفا الله عنا وعنه فانظر على أيهما امتنعت من التصريح باللفظ وكنيت عنه فقال لي: لا تكن وانطق بكذا فإني كذا رويته على جدي

أبي أبي الفقيه الشهير أبي القاسم ابن البراء، وكان هذا بدويرة جامع الزيتونة، وعكس هذا أخبرني بعض أشياخي أن بعض الفضلاء نسخ بيده بعض كتب الأدب فوجد فيه مواضع غير مكتتبة فبحث عنها فوجدت أنها ألفاظ فاحشة، وفيها: أكان مالك يعرف الدفاف في الأعراس ويجيز الإجارة فيه.

قال: كرهها والمعازف.

عياض: ظاهره أنه راجع للإجارة وهو أشبه؛ لأنه عين عمل الصالحين والإجارة في هذا مكروهة، وعلى الإجارة اختصرها أكثرهم وإن كان ضرب الدف جائز مما جاء في العرس، فليست الإجارة مثله إذ ليس كل مباح تجوز الإجارة عليه، والإجارة على الأذان والصلاة والقسم تقدمت في مواضعها، وفيها: من قتل رجلًا ظلمًا بأجر فلا أجر له وحكم القصاص والأدب في الجراح، وفيها: لا يصلح أن يبني مسجدًا ليكريه ممن يصلي فيه ولا بيته وإجارتها لذلك غير جائزة، وأجازه غيره في البيت.

عياض: لأنه يسبب من مكارم الأخلاق.

اللخمي: من بنى مسجدًّا ليكريه؛ جاز.

قُلتُ: اقتصاره على هذا دون ذكر قولها أنه لا يجوز غير صواب وإن وافق مفهوم نقل الصقلي عن سَحنون إنما لم يجز كراء المسجد؛ لأنه حبس لا يباع ولا يكرى والبيت ليس مثله كراؤه جائز.

اللخمي: إن أكرى بيته أو داره ممن يصلي فيهما في أوقات الصلوات فقط كره؛ لأنه ليس من مكارم الأخلاق، فإن نزل مضى وإن أخلا البيت وسلمه جاز.

قُلتُ: هذا خلاف قوله: (من بنى مسجدا ليكريه جاز) إلا أن يريد: ليكريه لغير الصلاة وهو بعيد، ولما ذكر عياض معنى كلام اللخمي قال: فعلى هذا يحتمل كون قول الغير وفاقًا بأن تكلم على وجه وتكلم ابن القاسم على آخر أو تكلم على الفعل ابتداء والغير عليه بعد الوقوع، وسقط قوله في رواية يحيى فيها اكتراء الدار؛ لأن يتخذها مسجدًا عشر سنين جائز، ولم أسمعه من مالك ونقضها لمن بناها مسجدًا عياض أشار حمديس إلى أن قوله في الدور خلاف قوله: في البيت ولا فرق بينهما.

اللخمي: من اكترى أرضًا يتخذها مسجدًا أجلًا مسمى جاز، وله بعد الأجل نقض ما لا يصح بناؤه للسكنى أو لا يوافق بناء الدور، وما يصح بناؤه للسكنى إن لم يجعله حبسًا فلرب الأرض أخذه بقيمته منقوضًا واختلف إن كان حبسًا، وأن ذلك له أحسن.

قُلتُ: قوله: (وله نقض ما لا يصح للسكنى) اتبع فيه التونسي.

قال: لأن رب الأرض لا يقدر أن ينتفع به؛ لأنه على صورة مسجد.

زاد الصقلي عن بعض القرويين: إلا أن يلتزم إبقاءه مسجدًا فيأخذه بقيمته منقوضًا، ويلزمه إبقاؤه مسجدًا، ولما ذكر الصقلي قولها كان النقض لمن بناه.

قال: وقال سَحنون في غير المدَوَّنة: فيجعله في غيره.

قال ابن أبي زيد: وقول ابن القاسم أبين، وليس مثل الأرض مستحق، وقد بنيت مسجدًا؛ يريد: هذا يجعله في غيره؛ لأنه أخرجه من يده لله تعالى على التأبيد، والآخر إنما جعله في مدة فيرجع إليه بعد تمامها.

الصقلي: كمن دفع فرسه لمن يغزو به غزوة، ثم يرجع إليه.

قُلتُ: فما ذكره الصقلي من قول سَحنون، وابن القاسم يفسر قول اللخمي: اختلف إن كان حبسًا وفيها لا يعجبني لمن في قرية لأهل الذمة كراء داره أو بيعها ممن يتخذها كنيسة أو بيت نار ولا دابته لركوبها في أعيادهم ولا بيع شاة لذبحها في أعيادهم، فإن نزل بيع الدار أو كراؤها ففي لزوم صدقته بكل الثمن والكراء، أو بجزء الثمن المسمى الخارج من تسميته فضل قيمتها مبيعة لما فرض على قيمتها مبيعه لما يجوز من القيمة الأولى، وكذا في الكراء، ثالثها: هذا في البيع والأول في الكراء للصقلي قائلًا عن شُيُوخه.

قُلتُ: لم يذكر عبد الحق غير الثالث وجعل كراء الأرض؛ لأن تبنى كنيسة كبيع الدار لا لكرائها، وفيها: لا يحل إجارة الرجل نفسه في بناء كنيسة لقول مالك: لا يواجر نفسه في محرم ابن القاسم، وأرى إن واجر نفسه أو شيئًا مما يملكه في شيء من الخمر أن لا أجر له، ويفعل بالأجر إن قبض ولم يقبض ما يفعل في ثمن الخمر.

قُلتُ: سنذكره في كتاب الأشربة إن شاء الله تعالى.

عبد الحق: إن أجر نفسه على رعاية خنازير أو عمل خمر وشبهه فسخ متى عثر عليه، فإن فات وقبض الأجر تصدق به عليه، وإن واجر نفسه فيما يمتهنه النصراني فيه تحت يده من خدمة ونحوها فكذلك، ولا يتصدق عليه بالثمن، وإن واجر نفسه فيما لا يكون فيه تحت يده وامتهانه كحراسة وقراض كره، فإن نزل مضى وسمع القرينان جوابه عن المسلمة ترضع ولد النصرانية بأنه إن أعطته ثديها فلا بأس به، فإن ذهبت عندهم في بيوتهم فلا يعجبني.

ابن رُشْد: وهذا كما قال أنه مكروه، فإن وقع فسخ فإن فات مضى ولم تحرم الأجرة، وإجارة المسلم نفسه من الكافر أربعة أقسام جائزة، وهو أن يعمل له في محله كالصانع في حانوته، ولم يستبد به بعمل الكافر ومكروهة، وهو أن يستبد بجميع عمله من غير كونه تحت يده ككونه مقارضًا أو مساقيًا له ومحظورة، وهو أن يكون في عمل تحت يده كالخدمة في بيته والإرضاع له فيه تفسخ فإن فاتت مضت وكانت له الأجرة، وحرام كحمل الخمر ورعي الخنازير إن فات يتصدق بالأجر.

قُلتُ: والإجارة على بناء دورهم إن كانت لمجرد سكناهم دون بيع الخمر فيها، فهي كالمساقاة وإلا فهي كبناء الكنيسة.

اللخمي: إن واجره على حمل زق زيت معين بعشرة فظهر أنه خمر تصدق بفضل قيمة حمله خمرًا على المسمى، وإن كان على عين معين فأحضر زقًا فحمله، ثم ظهر أنه خمر فله أجر مثله فيه على أنه زيت، وما زاد اللخمي: تصدق به والعقد الأول باق ولو آجره على معين على أنه خمر، ثم ظهر أنه زيت فله أجر مثله والعقد الأول منفسخ، وفيها: أيجوز للعزب إجارة امرأة ولو أمة تخدمه.

قال: كره مالك أن يعادل الرجل المرأة في محل ليس بينهما محرم، فإجارته للخدمة وللأهل له وهو يخلو بها أشد كراهة.

اللخمي: إجارة الرجل المرأة إن كان عازبًا لم يجز، وإن كان مأمونًا، وإن كان له أهل، وهو مأمون جاز وإلا لم يجز، وإن كانت متجالة لا أرب فيها لرجل جاز، وكذا

الشابة مع شيخ فان ولا تعادل امرأة رجلا في محمل وإن كان مأمونًا لقوله ﷺ: **«باعدوا بين أنفاس الرجال والنساء»**[1] وسواء كان معها زوجها أم لا وسمع عيسى ابن القاسم في النكاح: لا بأس أن يقوم الرجل بحوائج المرأة الغريبة الكبيرة تلجأ إليه ويناولها الحاجة وليدخل معه غيره أحب إلي؛ إذ لو تركها الناس لضاعت.

ابن رُشْد: وهذا إذا غض بصره عن ما لا يحل نظره إليه، وروى ابن القاسم فيها: لا بأس بإجارة العبد الصانع على أن يأتيه بالغلة ما لم يشترط عليه في العقد خراجًا معلومًا، ولو وصفته عليه بعده إياه ولم تضمنه إياه جاز.

اللخمي: روى الشَّيخ في مختصره لا ضير في استئجاره على أن يجيئه بالغلة، وهو أصل مالك في كل من اشترى شيئًا على أن يعمله بائعه والمشتري يصير إلى أمر مجهول كالزرع على أن على بائعه حصده ودرسه، وقد قالوا من اشترى سلعة على أن يبيعها بائعها أنه فاسد.

ويجوز على تعليم القرآن في حديث البخاري عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: **«إن أحق ما أخذتم عليه أجرا كتاب الله»**[2].

وفيها: لا بأس بالإجارة على تعليم القرآن كل سنة أو كل شهر بكذا أو على الحذاق للقرآن أو على أن يعلمه كله أو سدسه بكذا ونحوه سمع القرينان ابن رُشْد: إجازة ذلك هو المذهب، وأجمع عليه أهل المدينة وهم الحجة على من سواهم، واحتج ابن رُشْد بحديث جواز الجعل على الرقية بالقرآن[3] حسبما هو مذكور في الجعل والإجارة عليه جائزة مشاهرة، ومقاطعة على جميعه أو على جزء منه معلوم نظرًا أو ظاهرًا ووجيبة لمدة معلومة من الشهور، أو الأعوام فالمشاهرة غير لازمة لأحدهما والوجيبة والمقاطعة لازمة لهما، وأجاز ابن حبيب أن يسمي المقاطعة أجلًا ورواه وهو

---

(1) قال الملا علي القاري في الأسرار المرفوعة: ص 146: ليس له أصل.

(2) أخرجه البخاري: 10/ 169 في الطب، باب الشروط في الرقية بفاتحة الكتاب.

(3) أخرجه البخاري: 10/ 169 في الطب، باب الشروط في الرقية بفاتحة الكتاب. ومسلم: في السلام باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار رقم (2201).

خلاف المشهور في توقيت ما أجله فراغه، وقال: يقضي بالحذقة في النظر والظاهر بقدر حال الأب ويسره وقوة حفظ الولد تجويده؛ لأنه مكارمة جرى الناس عليها إلا أن يشترط الأب تركها، فإن أخرج الأب ابنه قرب الحذقة لزمته، وإن بقي له ما له بال كالسدس ونحوه سقطت، وليس عليه حساب ما مضى منها، وإن شرط المعلم عليه الحذقة لم يجز دون تسميتها، وإن أخرج الأب ابنه قبل بلوغها لزمه بحساب ما مضى ولو قل.

قال ابن حبيب: ولا يقضى بالأخطار في الأعياد، وإن كان فعله مستحبًا في أعياد المسلمين، ويكره في أعياد النصارى كالنيروز والمهرجان، ولا يجوز لمن فعله ولا يحل لمن قبله؛ لأنه من تعظيم الشرك.

قُلتُ: فلا يحل على قوله قبول هدايا النصارى من أعيادهم للمسلمين، وكذا اليهود وكثير من جهلة المسلمين من يقبل منهم ذلك في عيد الفطيرة عندهم وغيره.

ابن رُشْد: وجه تفرقة ابن حبيب بين الأخطار والحدقات، وإن كان القياس أن لا فرق بينهما إذا جرى بهما العرف هو أن الحدقة إنما بلغها الصبي بتعليم المعلم، واجتهاده وبلوغه عنده العيد لا عمل له فيه، وفي نوازل سَحنون سئل عن المعلم لا يشترط شيئًا فيجرى له في الشهر الدرهم والدرهمان أيقضى له بالحذقة.

قال: يحملون على حال البلد وسنتهم إلا أن يشترط شيئًا فله شرطه، وأما بالحذقة فليس فيها شيء معروف إلا على قدر الرجل برجاله.

ابن رُشْد: إيجابه بالحذقة بالعرف، وإن لم يشترط هو على أحد قولي مالك في القضاء بهدية العرس، وإن لم يشترط إن كانت جارية بالبلد ولم يحكم بها في قوله: يقضي بها بحكم المهر كالمشترطة ولا بحكم الهبة إنما حكم لها بحكم الصلة المقصود بها عين الموصول، فأبطلها بموت أحدهما، وكذا يجب في بالحذقة لا يقضى بها لوارثه إن مات على الأب ولا على ورثة الأب إن مات للمعلم، وعليه يأتي قول ابن حبيب؛ لأنه لا فرق بين بالحذقة المشترطة والواجبة بالعرف في موت الصبي، أو إخراجه قبل بلوغه بالحذقة.

قُلتُ: للصقلي عن محمد: أجاز مالك التعليم مشاهرة ومقاطعة، وكل شهر وكل سنة، فكذا ولكل واحد منهما الترك متى شاء، وظاهره عدم اللزوم في المقاطعة خلاف ما تقدم لابن رُشْد.

قُلتُ: فاللفظ الذي ذكرته وجدته في غير نسخة وفي لفظ بعض النسخ احتمال، ونصها في النوادر وفي الموازيَّة: أجاز مالك التعليم مشاهرة ومقاطعة وكل شهر وكل سنة بكذا ما لم يقل مثله في سنة أو في سنتين، فإن سميا سنة فلا ترك لأحدهما، وإن قال: كل سنة وكل شهر فلكل منهما الترك.

قُلتُ: مفهوم لفظ الأول يؤيد لفظ الصقلي، ومفهوم لفظ الأخير يؤيد نقل ابن رُشْد وهو الصواب.

اللخمي: الجائزة على وجهين مشاهرة ومساناة إن لم يذكر قدرًا يعمله في تلك المدة، وعلى حذقة شيء معلوم ربع أو نصف أو جميعه كذلك، فإن جمع بين الأجل والقدر الذي يعمله فيه فإن فعل ولا يدرى هل يتعلم ذلك القدر في المدة فسدت الإجارة، واختلف إن كان الغالب أنه يتعلمه فيها فأجيز ومنع فإن انقضى الأجل ولم يتعلم فيه ذلك القدر فله أجر مثله ما لم يزد على المسمى، وقال ابن الجلاب: قيل: لا يجوز على التعليم إلا مدة معلومة مشاهرة وغيرها؛ يريد: اختلاف أفهام الصبيان فالمشاهدة أخف غررًا.

الصقلي عن ابن حبيب: إن شارطه المعلم على أن يحذقه، وله كذا فليس لأبيه إخراجه حتى يتم.

قال: ولا يضره في حذقة النظر خطأ الصبي في السورة إلا حرف وليس كمن لا يخطئ، وإن لم يستمر القراءة فلا حذقة له، ورأيت أن أكمل هذا الفصل بالضروري من كلام الشَّيخ أبي الحسن القابسي في كتابه المشتمل على بيان أحكام المعلمين والمتعلمين على وجه الإيجاز قال: قوله ﷺ: «**خيركم من تعلم القرآن وعلمه**»[1] فيشمل الوالد

(1) أخرجه البخاري: 9/ 66، 67 في فضائل القرآن، باب خيركم من تعلم القرآن وعلمه، والترمذي:

لتعليمه ولده إياه ولو بأجرة تعليمه العلم، ولقد أجاب ابن سَحنون أبا ولد كان يطلب العلم عليه عن قوله له: إني أتولى العمل بنفسي ولا أشغله عما هو فيه، أجرك في ذلك أعظم من الحج والرباط والجهاد القابسي إن ترك الأب تعليم ولده القرآن لشح قبح فعله ولقلة عذر، فإن كان للولد مال فلا يدعه دون تعليم وليه، أو قاضي بلده أو جماعته إن لم يكن قاض، وإن لم يكن له مال توجه حكم الندب على وليه وأمه الأقرب فالأقرب وتعليم من أسلم ما يصلي به فرض كفاية يتعين على من انفرد به دون عوض، وتعليم الأنثى ما تصلي به كالذكر ويتعين على الولي والزائد على ذلك للأنثى حسن، وكذا العلم لا الرسائل والشعر وترك تعليمها الخط أصون ويكون المعلم معهم مهيبًا لا في عنف لا يكون عبوسًا مغضبًا ولا منبسطًا مرفقًا بالصبيان دون لين.

قُلتُ: ويكتفى في إباحة انتصابه بستر الحال للمتزوج ويسأل عن غيره، فإن لم يسمع منه إلا العفاف أبيح له، ويمنع من يتحدث عنه بسوء مطلقًا وبهذا جرى العمل وهو الحق.

قال: وعليه أن يزجر المتخاذل في حفظه أو صفة كتبه بالوعيد والتقريع لا بالشتم كقول بعض المعلمين للصبي يا قرد، فإن لم يفد القول انتقل للضرب والضرب بالسوط من واحد إلى ثلاثة ضرب إيلام فقط دون تأثير في العضو فإن لم يفد زاد إلى عشر.

قُلتُ: ضرب معلم صبيًا بالسوط في رجله لتكرر قلة حفظه فحدث برجله من ضربه قرحة صارت فاصولًا أشك في موته به.

قال: ومن ناهز الحلم وغلظ خلقه ولم ترعه العشر فلا بأس بالزيادة عليها.

قُلتُ: الصواب اعتبار حال الصبيان شاهدت غير واحد من معلمينا الصلحاء يضرب الصبي نحو العشرين وأزيد، وكان معلمنا يضرب من عظم جرمه بالعصى في

رقم (2909) في أبواب ثواب القرآن، باب ما جاء في تعليم القرآن، وأبو داود: رقم (1452) في الصلاة، باب ثواب قراءة القرآن.

سطح أسفل رجليه العشرين وأكثر، ومنعه الزجر بقول يا قرد الصواب فعل بعضهم ذلك، وقد أجازوه للقاضي لمن يستحقه مع قدرته على ضربه، وكذا كان بعض شُيُوخنا يزجر به في مجلس إقرائه من يستحق الزجر لتعذر الضرب ونقلوه عن بعض شُيُوخهم وسمعنا منهم في ذلك عن شُيُوخهم مقالات ممن نقل لنا عنه شائعًا الشَّيخ الفقيه العدل الخطيب أبو محمد البرجيني، والشَّيخ النحوي المشهور بالزلدوي، وكان يصدر كثيرًا من شيخنا أبي عبد الله بن الحباب وقليلا من شيخنا أبي عبد الله بن عبد السلام - رحمهما الله - وفائدة ذلك واضحة لمن أنصف؛ لأنها تكسب تثبت الطالب فيما يريد أن يقوله من بحث أو نقل، وقد والله سمعت شيخنا ابن عبد السلام زجر بعض أهل مجلسنا في مدرسة الشماعين في قول قاله ما يقول هذا مسلم، وكان هذا المقول له حينئذ متصفًا بعدالة الشهود المنتصبين للشهادة، وخطة القضاء بالبلاد المعتبرة ولم يترك لذلك مجلسه إلى أن توفي رحمهما الله تعالى، والأعمال في ذلك بالنيات.

قال: ومن اتصف من الصبيان بأذى أو لعب أو هروب من المكتب استشار وليه في قدر ما يرى من الزيادة في ضربه قدر ما يطيق.

قُلتُ: أما في الإذاية فلا يستشيره؛ لأنه حق عليه ويتعذر طلبه عند غير المعلم لتعسر إثبات موجبه، واستحب سَحنون أن لا يولي أحدًا من الصبيان ضرب غيره منهم سَحنون ولا يضرب وجهًا ولا رأسًا، ومن حسن النظر التفريق بين الذكور والإناث.

قال سَحنون: أكره خلطهم؛ لأنه فساد.

قُلتُ: أما من بلغ حد التفرقة في المضجع فواجب تفريقه منهم.

قال: ويحترز من يخاف فساده على الصبيان ممن قارب الحلم إذا كان ذا جرأة.

قُلتُ: الصواب في هذا منع تعليمه معهم.

قال: ولا تقبل شهادة بعضهم إلا من عرف بالصدق فيقبل قوله وينهاهم عن الربا في تبايعهم طعامًا بطعام وبفسخه، وما فات فهو في مال مفوته أو ذمته.

سَحنون: وشراء الفلقة والدرة وكراء موضع التعليم على المعلم فإن استؤجر على صبيان معلومين سنة معلومة فعلى أوليائهم كراء الموضع، وأما تعليمهم في المسجد

فروى ابن القاسم: إن بلغ الصبي مبلغ الأدب فلا بأس أن يؤتى به المسجد، وإن كان صغيرًا لا يقر فيه ويعبث فلا أحب ذلك، وروى سَحنون: لا يجوز تعليمهم فيه؛ لأنهم لا يتحفظون من النجاسة، وهذا هو الصحيح، وأجاب سَحنون عن معلم أراد أن ينتقل من موضع لآخر: بأنه إن لم يضر ببعض الصبيان لبعده من داره فله ذلك، وإلا فإن كان عقد إجارته مع من يتضرر بذلك على اللزوم فليس له ذلك إلا بإذن وليه وإلا جاز دون إذنه، وذكر القابسي هنا: حكم جنايته على الصبي، وهو مذكور في الجراح ومتعلق تعليمه بالذات قراءة القرآن حفظًا أو نظرًا.

ابن سَحنون: ينبغي أن يعلمهم إعراب القرآن، ويلزمه ذلك والشكل والهجاء والخط الحسن وحسن القراءة بالترتيل، وأحكام الوضوء والصلاة وفرائضها وسننها وصلاة الجنائز ودعائها وصلاة الاستسقاء والخسوف.

قُلتُ: حمل قوله: عندي إعراب القرآن هو بتعليمه معربًا احترازًا من اللحن والإعراب النحوي متعذر وحسن القراءة إن أراد به التجويد فهو غير لازم في عرفنا إلا على من شهر بتعليمه، وأما أحكام الوضوء وما بعده فواضح عدم لزومه وكثير من المعلمين لا يقومون بذلك.

قال: ويجب عدله بينهم في التعليم لا يفضل فيه بعضهم على بعض، ولو تفاضلوا في الجعل إلا أن يبين ذلك لوليه في عقده أو يكون تفضيله في وقت غير وقت تعليمه، ولا يعلمهم قراءته بالألحان لنهي مالك عنها ابن سَحنون عنه ولا يعلمهم أباجاد ونهى عن ذلك؛ لأني سمعت حفص بن غياث يحدث أن أباجاد أسماء الشياطين ألقوها على ألسنة العرب في الجاهلية فكتبوها.

قال محمد: وسمعت بعض أهل العلم يقول هي أسماء ولد سابور ملك فارس أمر من في طاعته من العرب بكتبها فكتبوها.

قال محمد: فكتبها حرام وأخبرني سَحنون عن ابن وَهْب عن يحيى بن أيوب عن عبد الله بن طاوس عن أبيه عن ابن عباس قال: قوم ينظرون في النجوم ويكتبون أباجاد لا خلاق لهم.

قُلتُ: لعل الأستاذ الشاطبي لم يصح هذا عنده، أو لم يبلغه أو رأى النهي إنما هو باعتبار استعمالها على أصل ما وضعت له لا مع تغيرها بالنقل لمعنى صحيح، وعلى هذا يسوغ استعمالها عددًا كسراج الدين في التحصيل، واختصار الأربعين وغيره.

عقدها: يجوز مؤجلًا لمدة معلومة فيلزم، ومشاهرة فلا يلزم أحدهما.

ابن حبيب: قال مالك: يجوز أن يشارط المعلم على الحذقة ظاهرًا أو نظرًا ولو سميا أجلًا أَصْبَغ إن تم الأجل ولم يحذقه فله أجر مثله.

القابسي: ففرق أَصْبَغ بين ضرب الأجل للمعلم والخياط إذا كان الفعل يمكن الفراغ منه فيه.

قُلتُ: قد سوى اللخمي وابن رُشْد بينهما.

قال القابسي: والحذقة كل ظاهرا حفظ كل القرآن ونظرا قراءته في المصحف.

وقدر عوضها ما شرطاه، فإن لم يشترط فهي على حال الأب في كسبه وحفظ الصبي وقراءته مع اعتبار حسن خطه، فإن نقص تعلم الصبي في أحدهما فلمعلمه من الحذقة بقدر ما تعلم، فإن لم يستمر الصبي في الحفظ أو في القراءة في المصحف فلا شيء لمعلمه ويؤنب المعلم على تفريطه إن كان يحسن التعليم وعلى تغريره إن لم يحسنه، فإن اعتذر بدله الصبي اختبر، فإن بان صدقه فله من الأجر بقدر حرزه وتأديبه إلا أن يكون عرف أباه ببلهه.

قُلتُ: أو يكون الأب عرف ذلك.

قال: ومحل الحذقة من السور ما غررت فيه عرفًا مثل لم يكن وعم وتبارك والفتح والصافات.

قُلتُ: فلم يذكر الفاتحة وهي حذقة في عرفنا.

قال: وكذا عطية العيد تثبت بالعرف، وقول سَحنون: لا يلزم الحذقة إلا في ختم القرآن وغيرها تفضل معناه: إن لم تكن عادة بغيرها، وكذا قول ابن حبيب لا يجب الإخطار ولا يجوز إعطاء في عيد العجم حدث أسد بن موسى عن الحسن بن دينار عن الحسن البصري: أنه كان يكره إعطاء المعلم في النيروز والمهرجان إنما كان المسلمون

يعرفون حق المعلم في العيدين ورمضان، وقدوم غائب القابسي إنما المعروف العيدان، وأما غيرهما وعاشوراء ففعل الخاصة، وأجاب القابسي عمن علمه معلم بعض القرآن ثم أكمله له غيره بأن: لكل منهما من الحذقة بقدر ما علم أنصافًا أو أثلاثًا، ونحوه وربما استحقها الأول فقط إن بلغ من تعليمه مقاربة الختم بحيث بلغ ما يستغنى به عن المعلم وربما استحقها الثاني فقط إن قل لبثه عند الأول ولم ينل من تعليمه ما له بال، وقال ابن حبيب: إن شورط المعلم على أجر معلوم في كل شهر أو شهرين، وعلى قدر معلوم في الحدقة فلوليه إخراجه، وعليه من الحذقة بقدر ما قرأ منها، ولو لم يقرأ منها إلا الثلث أو الربع فعليه بحسابه لاشتراطه ما سمى مع إخراجه، ولو شارطه على أن يحدقه بكذا أو كذا لم يكن لوليه أن يخرجه حتى يتم حذقته.

القابسي: فرق هذا التفريق ولم يذكر حجة عليه، وقال: ما حاصله أنهما سواء لاشتراكهما في التزام الولي الحدقة، واختصاص أحد الصورتين بزيادة قدر في كل شهر لا يوجب حل ما لزم بالتزام الحذقية، وأن لوليه إخراجه وعليه بقدر ما بلغ منها.

قُلتُ: يمكن تقرير وجه تفرقته أنه إذا شارطه على الحدقة فقط كان أمدها العرفي كمدة معينة عاقدة عليها غير مقرونة بما يدل على انحلال عقدها، فإذا ضما عليها شرط قدر في كل شهر كان دليلًا على عدم لزوم عقدها، وصرفه لحكم عقد المشاهرة.

قال: وإنما حصلت له بقدر ما بلغ إذا أخرجه في المشارطة على الحدقة لا في رأيته من تجويز الإجارة التي لم يشترط لها غاية فما حصل منها كان عليه من الأجر بقدره.

وأما حكم بطالة الصبيان فقال سَحنون: تسريحهم يوم الجمعة سنة المعلمين.

ابن عبد الحَكم: لمن استؤجر شهرًا بطالة يوم الجمعة وتركهم من عشي يوم الخميس؛ لأنه أمر معروف وبطالته لهم كل يومه بعيد؛ لأن عرضهم أجزائهم فيه من عشي يوم الأربعاء وبطالتهم في الأعياد هي على العرف هي في الفطر ثلاثة أيام، وكذا في الأضحى ولا بأس بالخمسة.

سَحنون: من عمل الناس بطالة الصبيان في الختمة اليوم وبعضه، ولا يجوز أكثر من ذلك إلا بإذن أولياء الصبيان، فقيل له: ربما أهدى الصبي للمعلم ليزيده في البطالة.

قال: هذا لا يجوز.

القابسي: ومن هنا سقطت شهادة أكثر المعلمين؛ لأنهم غير مؤدين ما يجب عليهم إلا من عصمه الله، وبعثهم لمن تزوج أو ولد له ولد ليعطوا شيئًا ليأتون به مؤدبهم لا يجوز، وكذا ما يأتون به من بيوت آبائهم إلا بإذنهم.

قُلتُ: بعثهم لدار بعض الأولاد لختمة أو لنفاس أو ختان أمر معروف في بلدنا، والغالب أنه لا يكون مسير الولد لذلك إلا بعلم من وليه؛ لأنهم لا يمشون لذلك بمعهود ثيابهم بل بثياب التجمل والتزين في الأعياد.

قال: واتخاذه بعضهم يملي على بعض حسن، ولا يجوز بعثهم في حوائجه، ولا ينبغي أن يتشاغل عن تعليمهم بشيء، وإن نزلت به ضرورة استنباب مثله فيما قرب.

قال سَحنون: ولمن استؤجر على تعليم صبيان تعليمه غيرهم إن لم يضربهم ولم يشترط عليه عدم الزيادة عليهم.

وشركة المعلمين جائزة إن كانوا بمكان واحد وإن كان بعضهم أجود تعليما من بعض؛ لأن فيه رفقاء يمرض بعضهم فيقوم الصحيح مقامه، وإن كان بعضهم عربي القراءة والآخر ليس كذلك؛ لكنه لا يلحن فلا بأس بذلك، قاله مالك وابن القاسم، وعن مالك: لا يصح حتى يستويا في العلم، فإن كان أحدهما أعلم لم يصلح إلا أن يكون لأهلهما فضل من الكسب بقدر عمله على صاحبه القابسي إن لم يكن لأحدهما من الزيادة إلا أنه يعرب قراءته والآخر لا يعربها ولا يلحن أو أحدهما رفيع الخط والآخر ليس كذلك إلا أنه يكتب ويتهجا فهذا قريب مغتفر في الشركة في الصنائع والتجارات، ولو كان أحدهما يقوم بالشكل والهجاء وعلم العربية والشعر والنحو والحساب وما لو انفرد معلم القراءة بجميعه لجاز شرط تعليمه إياه مع تعليم القرآن؛ لأنه يعين على ضبطه وحسن معرفته هذا إن شارك من لا يحسن إلا قراءة القرآن والكتب كانت الإجارة بينهما متفاضلة على هذه الرواية على قدر علم كل منهما، ولو استؤجر أحدهما لتعليم النحو والشعر وشبهه والآخر على تعليم القرأن والحساب ما صحت شركتهما، وقيل: لأنس كيف كان المؤدبون على عهد أبي بكر وعمر وعثمان

وعلي ﷺ قال: كان للمؤدب إجانة يجيء كل صبي يوم نوبته بماء طاهر يصبه فيها، يمحون به ألواحهم، ثم يصبون ذلك الماء في حفرة من الأرض فينشف.

قُلتُ: قال الجوهري: الإجان واحدة الأجاجين، ولا يقال: إنجانة، وقال في باب آخر: المركن بالكسر الإجانة التي تغسل فيها الثياب ابن سيدة.

يقال: إجانة وإنجانة وينبغي أن يصب ذلك الماء بالمواضع البعيدة عن النجاسة، وكان معلمنا يأمر بصبه في حفرة بين القبور وينبغي أن يحفظ منه؛ لأن غالب الصبيان لا يتحفظون في أيديهم من نجاسة أبوالهم.

قال محمد بن سَحنون: حدثنا موسى عن جرير عن منصور قال: كان إبراهيم النخعي يقول من المروءة أن يرى في ثوب الرجل وشفتيه مداد.

وتجوز الإجارة على عمل في جزء من معين شائع إن لم يشترط عدم قسمة فيها تجوز إجارة شريك في طعام شريكه على عمله لبيعه ببلد آخر إن ضرب له أجلًا، وعلى أنه متى شاء قسمه فإن شرط عدمه لم يجز، فإن نزل ففيه كراء المثل، وكذا في طحنه.

الصقلي: يريد ضرب الأجل بعد الوصول للبلد ولا ينقده إجارة البيع، وفيها: وكذا في رعاية غنم بينهما إن شرط خلف ما هلك من حظه.

قال غيره: واعتدلت في القسم.

الصقلي: قال بعض أصحابنا: محلها عند ابن القاسم على الاعتدال فيه، وأن الإجارة على نصف عددها، فإن قسما وصار له أكثر من نصف عددها لم يلزم الأجير ما زاد على نصفها، وإن صار له أقل منه فله إتمامه.

قُلتُ: وتقدم في مساقاة نخل بينهما بحث فيها فتذكره، وفيها: لا تجوز على حمل طعام إلى بلد كذا بنصفه إلا أن ينقده نصفه مكانه؛ لأنه بيع معين على تأخير قبضه لأجل.

الصقلي: إن وقع بينهما جاز على قول أشهب وابن حبيب.

اللخمي: إن لم يشترط قسمه ولا بقاءه جاز وحمله وطحنه إذ لا غرض في بقائه.

الصقلي: قال ابن أخي هشام: إن حمله إلى البلد فللحمال نصفه، ويغرم مثله إلى

المحل الذي حمله منه وله كراؤه في النصف الآخر ما بلغ، وعابه بعض شُيُوخنا وقال: يلزمه إن هلك الطعام ضمان نصفه؛ لأنه على قوله بالقبض لزم ذمته وهو بعيد؛ لأن علة الفساد منع الحامل من قبض حظه إلى أن يصل إلى البلد المحمول إليها فكيف يضمن هلاكه قبل البلد وقبله.

الصقلي: ويرد بمنع ملزومية قول ابن أخي هشام ضمانه قبل وصوله الذي جعل بطلانه يوجب بطلان قول ابن أخي هشام، وسند المنع ما هو بين به الراد عليه بطلان تضمينه، ولا يلزم من عدم ضمانه وصول بطلان قول ابن أخي هشام؛ لأنه بوصوله للبلد زال حجر منعه قبضه لتوقيته بعدم وصوله فكونه تحت يده بمحل وصوله هو قبض له وهو حينئذ بحالة مخالفة لحالته يوم بيعه وهي صيرورته منقولًا، فصدق أنه مبيع بيعًا فاسدًا فات بالنقل فتأمله.

وعلم المنفعة بصنفها وقدرها شرط حصوله بالنص واضح كخياطة رومية أو عربية فيها إن واجرته على إن خاطه اليوم فبدرهم وإن خاطه غدا فنصف درهم، وإن خاطه خياطة رومية فبدرهم وإن خاطه خياطة عربية فنصف درهم لم يجز، وهو من وجه بيعتين في بيعة إن خاطه له أجر مثله ما بلغ.

قال غيره: في الأولى إلا أن يزيد على الدرهم أو ينقص عن نصفه فلا يزاد ولا ينقص.

الصقلي: عن الشَّيخ: قال بعض الأندلسيين في قول غير ابن القاسم: يعني إن خاطه اليوم قيل: ما قيمة خياطته على تعجيلها اليوم فلا يزاد على درهم ولا ينقص من نصفه، وإن خاطه غدًا قيل: ما قيمتها إلى غد على ما ذكرنا ولابن أبي زَمَنَيْن عن بعض الأندلسيين تفسير غير هذا وهو أصوب.

قُلتُ: لم أقف على تفسير ابن أبي زَمَنَيْن وقول ابن القاسم مثل نص قولها في الرواحل: إن اكتريت من رجل على أنه إن أدخلك مكة في عشرة أيام فله عشرة دنانير، وإن أدخلك في أكثر فله خمسة فسخ، فإن نزل فله كراء مثله في سرعته وإبطائه، وقال بعض الفاسيين في تأويل قول الغير: ثلاثة أقوال: الأول أن له أجر مثله ما لم يزد على

الدرهم، أو ينقص عن نصف درهم خاطه في اليوم الأول أو الثاني القول الثاني ما لم يزد على الدرهم في اليوم الأول أو ينقص عنه أو يزيد على نصف درهم في اليوم الثاني أو ينقص عنه القول الثالث ما لم يزد على الدرهم في اليوم الثاني، ويأخذ أقل منه مطلقًا أو ينقص عن نصف درهم في اليوم الأول، ويأخذ ما زاد عليه مطلقًا، وذكر ابن رُشْد قولها في الرواحل: على أنه متفق على منعه للشك في سعة الأجل للوصول فيه.

قال: فإن فات بالسير فعلى قول غيره في كتاب الجعل له أجر مثله ما لم ينقص عن الأقل، وما لم يزد على الأكثر، وللشُيُوخ في تأويل قوله: أوجه الأول هذا سواء بلغ الأجل أو لا الثاني إن بلغ فيه المثل ما لم ينقص عن الأقل، وإلا فله الأقل من اكتراء الكراءين أو المثل ولو فضله الأقل الثالث إن بلغ فيه فأكثر الكراءين وإلا فأقلهما، وعزا الثاني لابن أبي زَمَنَيْن.

ويطلب في أجل المنفعة كونه يسعها:

قال ابن رُشْد: في أول مسألة من سماع ابن القاسم الإجارة على شيء بعينه كخياطة ثوب أو نسج غزل أو طحن قمح وشبهه مما الفراغ منه معلوم لا يجوز تأجيله بوقت يشك في سعته له اتفاقًا، وإن كان لا إشكال في سعته إياه ففي جوازه قولان لظاهر هذا السماع مع سماع عيسى ابن القاسم، ودليل قولها فيمن استأجر ثورًا على أن يطحن له كل يوم إردبين فوجده لا يطحن إلا إردبا له رده؛ لأنه جعل له في الإردب الذي طحن ما ينوبه ولم يفسخ الإجارة، وقول ابن حبيب بإجازة مشارطة المعلم على إحذاق الولد في أجل مسمى، ونقله عن أَصْبَغ والمشهور مع سماعه بعد هذا في رسم سلف ورسم المحرم وسمع القرينين.

قُلتُ: ذكر اللخمي القولين غير معزوين وقال: أرى أن يمضي؛ لأن الغرض أن يشرع في تلك المدة فإن خاطه بعد الأجل حط من المسمى بقدر ما بين قيمتي عمله في الوقت المشترط ووقت عمله، ولابن حبيب عن ابن الماجِشُون: إنما له أجر المثل، وسمع ابن القاسم من قال: لمن استخاطه ثوبًا بدرهم بعد عقده عجله اليوم وأزيدك نصف درهم أرجو خفته، ولا بأس به ولم يره كالرسول يزاد لسرعة السير، ولا أحب

إن يتكاراه على تبليغ كتاب لبلد بدينار، ويقول له إن بلغته يوم كذا فلك زيادة نصف دينار، وأكرهه سَحنون: لا بأس به بعد وجوب الكراء.

ابن رُشْد: أجازه في تعجيل الثوب؛ لأنه ممكن ولا ينبغي له مطله؛ لأنه إضرار به لغير سبب، وله أن يتسع في عمله، ويؤخره لعمله غيره أو لبعض حوائجه على عرف تراخي الصناع فزيادته على تفرغه لعمله جائز، وكرهه في تعجيل توصيل الكتاب معناه: إن لم يكن على يقين من إدراك إيصاله ذلك اليوم إن أسرع، ولو كان على يقين جاز كالثوب، ولو شك في تعجيل الثوب في ذلك اليوم كان كالرسول يبين ذلك قوله في التفسير ليحيى إن كثرت الثياب كره ذلك فيها، ولا فرق بين الثياب الكثيرة والثوب إلا الشك في الثياب الكثيرة هل يفرغ منها في ذلك الوقت، ومعنى إجازة سَحنون ذلك في الرسول أنه على يقين من وصوله ذلك اليوم فالأقوال كلها متفقة.

الصقلي: عن ابن ميسر مسألة الرسول والثوب سواء، وقال ابن عبد الحَكم: خفف ذلك فيهما وكره، وإجازته أحب إلي وبه أخذ سَحنون.

قُلتُ: ظاهره أنه حمله على الخلاف.

وعلم صفة العمل بوصفه المنضبط أو عرف، كذلك إن تماثل وإن اختلف لزم بيان قدرتها كخياطة وحرز شهرًا أو خدمة حضر وسفر فيها يستعمل أجيرًا لخدمة على عرف الناس من خدمة الليل والنهار كمناولة الثوب والماء لا فيما يمنعه النوم إلا أن يعرض له الحاجة المرة بعد المرة، ولا بأس أن يستعمله فيها في بعض الليل على وجه ما يعرف الناس، ولم أسمعه إنما سمعته في العبد يستعمل في النهار استطحنه بالليل.

قال: لا بأس به في العبد الخفيف العمل لا في الثقيل العمل الزرنوق يطلع وينزل والأخير في اشتراطه على أجير الخدمة ما يريده من سفر أو حرث لتباعد هذه الأعمال، ولا بأس بما تقارب ككنس البيت والعجن وشبهه.

اللخمي: إن استأجره على خدمة شهر إن شاء في الحضر، وإن شاء في السفر لم يجز، وإن شرطهما معا جاز إن لم ينقده شيئًا؛ لأن الشهر الثاني لا يجوز نقد أجره لمخالفته الأول وما ينقده واجب فضه ولو استأجره شهرًا في السفر بعد عقده شهرًا في الحضر

دون نقد جاز، بخلاف منع غير ابن القاسم كراء راحلة يركبها بعد شهر للتحجير، ولا يدرى في هل يسلم أم لا ولا حجر فيما تقدم كراؤه واستخدام الأجير فيما خف ليلًا، إنما هو فيمن انقطع إليه ومبيته عنده لا فيمن ينصرف عنه ليلًا، وفي سماع أَصْبَغ عن أشهب: إن اشترط على أجير الخدمة سفر شهر أو شهرين في السنة فلا بأس بذلك.

ابن رُشْد: إنما جاز؛ لأن الشرط إنما هو شهران ولا يضر كون المستأجر بالخيار في شهر؛ لأنه حق له تركه بعد العقد على شيء معلوم، ودليله قوله تعالى على أن تأجرني ثمان حجج فإن أتممت عشرا فمن عندك واشتراطه الشهرين دون تسميتهما يجوز على قول ابن القاسم: يجوز شرط السفر في أول السنة، وبعد مضي بعضها لا على قول ابن الماجِشُون: لا يجوز شرطه إلا في أول السنة أو قربه لا بعد مضي شهر منها.

قُلتُ: فاستئجار أجير معين على عملين متباعدين صفقة واحدة امداد لهما ما لا يجوز شرط النقد مع تأخير الشروع لمثل أمده بشرط نقد شيء من الأجر لا يجوز حسبما تقدم.

اللخمي: ودون شرطه إن لم يعين زمن كل من العملين لم يجز اتفاقًا فيهما، فإن عينه ففي جوازه قولان لمحمد، وابن حبيب عن ابن الماجِشُون.

الشَّيخ عن ابن القاسم في الموازيَّة: لا ينبغي أن يشترط عليه في عملين متباعدين أنه بالخيار؛ لأنه خطر.

محمد: ولا يشترط عليه في الخدمة سفر أيام يسميها في وسط السنة، ولا على عملين متباعدين كقوله: يحرس لي كرمي ويبني لي هذا البيت.

محمد: يجوز إن شرط في شهر بعينه في السنة عملًا آخر سماه.

قد قال مالك: يجوز أن يكري داره على إن احتاج إليها في شهر من السنة سماه سكنها، وكذا السفينة ابن حبيب من واجر رجلًا شهرين يعمل فيهما عملين سماهما أو واجره على الثاني بعد مواجرته على الأول فإن تقارب العملان جاز في الصورتين، وإن تباعدا لم يجز فيهما؛ لأنه كمن واجره على عمل لا يسرع فيه إلى شهر، وقاله ابن الماجِشُون.

قُلتُ: ظاهر منعه في المتباعدين ولو لم ينقد، وقول محمد قبله: الصقلي: وفيه نظر؛ لأن ظاهر قوله: أولا لا يشترط سفر أيام يسميها يقتضي منعه في المختلفين، ولو عين وقتيهما خلاف قوله بعده يجوز في شهر بعينه إلا أن يجعل قوله: يسميها؛ أي: عددها لا أعيان أزمنتها، وقال ابن رُشْد: في رسم البيع والصرف لو استأجره شهرين يعمل في أولهما عملًا سماه وفي الآخر عملًا آخر بعيدًا من الأول، ففي جوازه قولا ابن القاسم وابن الماجِشُون، وهما قائمان من قولها من اكترى راحلة يركبها بعد شهر، وروى محمد: إن اشترط مكتري أرض بها غلمان إن احتاج إلى عملهم في أرض له أخرى استعملهم فلا ضير فيه، وشرط النقد فيما يتأخر الشروع فيه لتمام عمل مماثل له والعاقد واحد جائز لنقل الشَّيخ عن ابن حبيب: إن واجره تمام سنة كأن واجره على أقلها ونقد أجرته جاز في مثل العمل الأول، ولا يجوز لغيره، وسمع عيسى ابن القاسم لمن استأجر أجيرًا لعمل من الأعمال أن يرسله يعمل للناس، ويأتيه بما عمل أو يكريه في مثله ابن رُشْد؛ لأنه استأجره في عمل غير معين فمن حقه أن يواجره ممن شاء، ولا يلزم الأجير أن يواجر نفسه له ويأتيه بالأجرة، ولو رضي بذلك جاز ونقله بخلاف عمله.

قال الصقلي: وظاهره عن الموازيَّة: أن نقله إلى ما هو من نوع الأول فله ذلك لما شاء منه، فإن قال الأجير فيما يحوله إليه لا أحسنه كالحصاد والحرث والقصل، فللمستأجر فسخ إجارته إلا فيما قل ولا خطب له فلا فسخ له وفيها لا يجوز فسخ إجارة على خياطة في قصارة أو غيرها؛ لأنه دين بدين إلا فيما هو يوم ونحوه؛ لأنه لا يكون فسخ دين في دين.

قُلتُ: ظاهره ولا لما يقاربه.

الشَّيخ عن محمد عن ابن القاسم: لا يجوز نقله إلى عمل لا يقارب الأول إلا في مثل اليوم مما لا يكون دينًا بدين، وروى محمد: وقال ابن القاسم: إن واجره يوما لنقل تراب فله نقله لخياطه لقربه.

ابن حبيب: برضاهما.

اللخمي: في جواز نقل خديم الحضر للسفر برضاه، ثالثها: فيما قل لابن حبيب

والآتي على قول سَحنون وابن القاسم، وفي سماع أَصْبَغ عن أشهب: إن ماتت دواب استؤجر على علوفتها فرضي الأجير التحول إلى عمل غيره فلا بأس.

ابن رُشْد: معناه: فيما يشبه العلوفة، قاله الشَّيخ، وهو صحيح على قولها من اكترى دابة لموضع ليس له ركوبها لغيره، ولو كان مثله في السهولة والوعورة إلا برضى الكراء خلاف قول مالك في أول رسم من سماع ابن القاسم، وخلاف ما لابن حبيب من اكترى أجيرًا لعمل سماه نقله لما يشبهه إلا أن يشترط الأخير عدم نقله عن المسمى وما لا يشبه العلوفة فلا يجوز وإن رضيا؛ لأنه فسخ دين في دين سواء انتقد أو لا في هذه المسألة؛ لأن الخلف فيها واجب والكراء قائم.

قُلتُ: ظاهر نقله عن ابن حبيب أنه لا يجوز نقله إلى ما يباعد الأول ولو رضي الأجير، خلاف نقل اللخمي عنه مع المتيطي: وما أحال عليه من سماع ابن القاسم هو سماعه من استؤجر على أن يأتي برقيق فلم يجدهم أو وجدهم ببعض الطريق فلمن استأجره مؤاجرته في مثله.

ابن رُشْد: قوله: مؤاجرته في مثله خلاف قولها ليس لمن اكترى دابة لموضع ركوبها لغيره إلا برضى الكراء، فعليه لا يؤاجره إلا برضاه.

قُلتُ: ففي نقله لمماثله بقيد رضاه أو دونه، ثالثها: إن تعذر الأول بفقده محله للتخريج على قوله في الدابة، ولابن حبيب وسماع ابن القاسم مع سماع أَصْبَغ أشهب.

المتيطي: إن جاء الأجير بمن يعمل مكانه، فقال ابن القاسم: لا يجوز.

سَحنون: ولو رضي المستأجر، وأجازه ابن حبيب إن رضي فيها مكررًا.

قال مالك: لا بأس بإجارة العبد عشر سنين وخمس عشرة، وهو في الدور أبين وسمع القرينان إجارة الأجير خمسة عشر عامًا كثير لا يصلح، ولا بأس أن يستأجره سنة ونقده إجارته.

ابن رُشْد: قوله: لا بأس به سنة وينقده دليل أنه إنما كرهه في الخمسة عشر مع النقد، وظاهر قولها إجازة النقد في الخمسة عشر عامًا خلاف قول غيره فيها.

اللخمي: أمد الإجارة مختلف باختلاف أمن المستأجر أوسعها الأرضون يجوز

لأربعين سنة دون نقد، ويجوز في المأمونة السرب به ومثلها الدور جديدة لأمنها والقديمة دونه بقدر أمن سلامته غالبًا، واختلف في العبيد في الموازيَّة جوازه لعشرين سنة بالنقد، وفيها خمسة عشر ومنعه غير ابن القاسم في العشر.

قُلتُ: عزاه المتيطي لأشهب.

اللخمي: وأرى اعتبار السن يجوز في ابن عشرين وما قاربها عشرون على استثقال فيه والصغير والكهل لا يجوز فيهما إلا ما قارب، ويمنع ما لا يقارب في الصغير لتغيره عند البلوغ في نشاط أو قوة أو غير ذلك في الكبير لعدم أمن تغيره، وخمس سنين ونحوها في ذلك حسن.

والحيوان مختلف أوسع أنواعه أجلًا البغال لطول أعمارها والحمير دونها والإبل دونها ويفترق الأجل في الثياب الحرير والكتان والصوف والجديد والقديم، وأجل ربعالحُبُس في كتابه.

وفي تعيين ما تستوفى به المنفعة تفصيل:

ابن رُشْد في رسم العتق من سماع عيسى: هو على أربعة أوجه أولها في معين لا غاية له إلا بتأجيله كرعاية غنم بأعيانها أو تجر في مال بعينه في شرط جواز الإجارة عليه بشرط خلفه أو لا والحكم خلفه قولان لابن القاسم مع روايته فيها، وفي غيرها ولسَحنون مع ابن حبيب وسماع أَصْبَغ أشهب: إلا في أربع مسائل يفسخ فيها بموت المستأجر له الصبي المستأجر على إرضاعه، والصبي المستأجر على تعليمه والدابة المستأجر على رياضتها والرمكة المستأجر على أكوام عليها معدودة تعق قبل تمامها.

المتيطي: إن مات الصبي المستأجر على إرضاعه، ففي كتاب ابن سَحنون على الأب خلفه.

ابن رُشْد: الثاني الاستئجار على عمل في معين لا غاية له إلا بتسمية الموضع كحمل شيء بعينه يجوز، إلا بشرط الخلف اتفاقًا والثالث كذلك، إلا أنه لا غاية له إلا بضرب الأجل كالإجارة على بيع هذا الثوب أو العبد في هذا الشهر في البلد أو بلد آخر بثمن سماه أو بما رآه في هذا السماع إن شرط أنه إن تلف العبد أو الثوب انفسخت

الإجارة لم يجز، وإن شرط خلفه جاز وسكت عن حكم السكت عن الأمرين وظاهر المدَوَّنة: الجواز ووجوب الخلف والجاري على قوله في رعاية غنم بأعيانها أن الإجارة لا تجوز إلا بشرط الخلف، فإن باع قبل تمام الأجل انفسخت الإجارة في باقي الأجل، وله من الأجر بقدر ما مضى منه.

قال فيها: والآتي على قول سَحنون في هذه المسألة أن الإجارة لا تنفسخ في باقي الأجل، ويستعمله بقيته فيما يشبه، وإن شرط فسخ الإجارة في باقيه إن باع قبل تمامه لم يجز عنده، ولو لم ينتقد على قوله فيمن اكترى دابة في حاجة إلى بلد، وشرط إن وجدها في الطريق رجع وكان عليه بقدر ما مضى من الكراء، ولو واجره على بيع الدابة أو الثوب بذلك البلد أو ببلد آخر على أنه له أجره ولو لم يبع جاز، ولو لم يسم للتسويق والبيع أجلًا؛ لأن قدر ذلك معروف، قاله أشهب في أول سماع أَصْبَغ، ومضى هذا في أول رسم من سماع ابن القاسم، ونحوه في سماع ابن خالد الرابع الاستئجار على عمل في معين له غاية معلومة كخياطة ثوب بعينه، أو طحن قمح بعينه ونحوه لا يجب شرط خلفه اتفاقًا، فإن تلف قبل العمل أو قبل تمامه فالمشهور فسخ الإجارة فيها، أو فيما بقي منه، وهو قول مالك في رسم المحرم من سماع ابن القاسم، وفي سماع يحيى ابن القاسم في مسألة الزرع أن الإجارة لا تفسخ، ويستعمله في مثله، وهو شذوذ والنقد في هذه الإجارة جائز؛ لأن التلف نادر

والإجارة على رعاية غنم: قال اللخمي: أقسام:

إن قال: علي رعاية غنم ولم يسم عددًا جاز، وحمل على منافعه ويأتيه المستأجر بما يقدر الأجير على رعيه من الغنم بشرط علم المستأجر بما يقدر على رعيه قبل استئجاره، وليس للراعي رعي غيرها معها فإن فعل فأجر ذلك لمن واجره أولا.

قُلتُ: نحوه قول عبد الحق عن بعض شُيُوخه: إن ضم الراعي لنفسه تحت يده فليس عليه تسمية عدد الغنم، ورأيت لابن حبيب نحوه.

اللخمي: وإن واجره على رعاية مائة معينة أو غير معينة فله رعي غيرها معها إن لم يضر بالأولى، وإن شرط عليه الأول أن لا يرعى معها غيرها لزمه الوفاء بشرطه، فإن

رعى غيرها ففي كون أجر الثانية للشارط، أو للراعي إن لم يضر بالأول قول ابن القاسم وغيره وفيه نظر؛ لأن الأجير يحط للأول من الأجر لراحته بعدم رعي ما زاد على عدده، ولزيادة الشارط احتياطًا لغنمه فلا يبطل حق أحدهما، وأرى تخيير الشارط في فسخ ما زاد لمكان الشرط وأخذ قيمة تلك الزيادة، وأخذ ما باعها به إن قيل أجر مثله على الأولى وحدها عشرة، وعلى أن يرعى معها الثانية ثمانية، والمسمى اثنا عشر فسخ عن نفسه خمس المسمى؛ لأنه أكثر، وإن كان المسمى أقل من عشرة أخذه بدينارين؛ لأنه أكثر من خمس المسمى، فإن أحب أخذ ما باعها به قيل ما أجر مثله في الثانية إن قيل: أربعة دنانير كان أجر الثانية نصفين؛ لأن للأول فيها ما قيمته ديناران فإن أجر على الثانية بأكثر من أربعة أخذ نصفه، فإن نقصت الأولى برعي الثانية معها، وأحب أخذ نصف ما أجر به على الثانية لم يأخذ مع ذلك نقصها؛ لأنه بأخذه ما أجر به نفسه أجاز فعله فسقط حكم تعديه، وإن أحب فسخ مناب الشرط عنه، أو أخذ قيمة تلك الزيادة فله ذلك مع قيمة النقص هذا ظاهر المذهب وليس بقياس؛ لأنه إذا أخذ معها قيمة النقص صار كأنه أخذها سليمة، وهو لم يكن يقدر أن يأخذها بعد الأجل سليمة إلا بأن لا يرعى فلا يصح أن يأخذها سليمة من العيب بغير أجر.

قُلتُ: تعقبه صحيح وهو يمنع كونه ظاهر المذهب؛ لأن كونه ظاهر المذهب إنما هو بمقتضي قواعده لا بنصوص تعين ما زعم أنه ظاهر المذهب، والصواب أن ينظر فإن كان ما نزل بها من النقص هو المعتاد في رعي ما رعى معها فليس له أخذه مع اختياره أحد الأمرين، وهما فسخه عن نفسه مناب الشرط، وأخذ قيمة الزيادة، وإن كان نقصها أكثر من النقص المعتاد فله أخذه بالزائد على المعتاد مع اختياره أحد الأمرين المذكورين.

اللخمي: وإن كان النقص كثيرًا ضمن قيمتها يوم أخذ الثانية، ويصح هنا أن يسترجع الأجرة ويأخذ قيمتها، وإن كان النقص يسيرًا لم يضمن قيمتها، ولو ترك الأولى فلم يرعها، ورعى الثانية فلربها فسخ الإجارة عن نفسه أو أخذ قيمتها أو ما أجر به نفسه، فإن أخذ ما أجر به نفسه، وقد نقصت الأولى لم يضمنه؛ لأنه بأخذه ما أجر به

نفسه مجيز لفعله، وإن قال أستأجرك على رعي هذه الغنم، فقيل: جائز وقوله هذه كالصفة، ويخلف غيرها إن أصيبت ولا يتعين، وقيل: يتعين والإجارة فاسدة؛ لأن فيه تحجيرًا على ربها لا يقدر على بيعها، وقيل: جائزة ويتعين؛ لأن ربها يشترط ذلك خوف تكلفه الخلف، وقيل: إن قرب أمد الإجارة جاز، وإن بعد لم يجز، وكذا قوله تحمل هذه الأحمال لبلد كذا في كتاب الرواحل منها لا يتعين، وعلى قوله في الغنم: يتعين وتجري فيها الأقوال الثلاثة، وأرى الجواز فيما قرب وفيما بعد إن كان الشرط من رب الغنم، وفيها: إن كان العرف رعاية ولد الغنم معها لزمت وإلا فلا، وفي الرواحل منها إن ولدت المرأة حمل ولدها معها، ففي كونها كالغنم مقيدة بالعرف أو مطلقة ويفرق بأن ولد المرأة كان محمولًا معها أو لا فرق، وهو تناقض أقوال المتأخرين.

شُيُوخ الفاسيين: في الأظهر التفريق بما ذكر مع زيادة اعتبار منع التفرقة في الآدمية.

المتيطي عن بعض الموثقين: مقتضى المدَوَّنة: لزوم رعي أولادها كولد المرأة المخدومة.

قُلتُ: عزاه ابن عات لابن مغيث.

الصقلي: إن لم يكن عرف برعي ولد الغنم ولا شرط، فقال ابن اللباد: على ربها أن يأتي براع معه للأولاد للتفرقة.

قُلتُ: معناه: أن التفرقة تعذيب لها فهو من النهي عن تعذيب الحيوان.

المتيطي: إن شرط رعي أولادها معها، فقيل: جائز للعرف، وعقده ابن العطار بقوله، وعليه رعاية ولدها وخدمتها على المعروف عند الناس حتى تبلغ شيئًا باستقلالها عند الناس، وقيل: لا يجوز شرطه؛ لأنها مجهولة وليس ما وقع به الحكم عند النزول كالشرط، وقيل: يرفع الخلاف شرط رعي يخال عددها كعدة الأمهات مع تسمية المدة من وقت ولادتها إلى وقت فطامها.

ابن عات: عن المشاور وغيره إن كان بقرية نعم ليس لكل واحد من مالكها ما يرعاه له راع فأخذ بعضهم من يرعى نعمهم إلا رجلين كرهوا إدخالها معهم فلهم

ذلك، وكذا إن كره ذلك الراعي لم يجبر لهما، وكذا أهل الأفران والأرحى والحمامات لا يجبرون على الاستئجار، وإن لم يكن بالموضع غيرهم، وكذا الصناع كلهم ولغيرهم نحوه إلا ما كان من المباحات للناس كالفرن والرحى والحمام إن لم يكن بالموضع غيره جبر على الطبخ بما يطبخ به مثله لا يزاد عليه؛ لأنه ضرر على جاره والقياس الأول، وهذا استحسان والقضاء بطليطلة جبر الفران على طبخ خبز جاره بأجر مثله، وفيها: لا ضمان على الراعي، ولا فيما سرق إلا ببنية أنه فرط أو تعدى، ولو خاف موت الشاة فأتى بها مذبوحة صدق ولم يضمن، وقال غيره: يضمن ما ذبح ويصدق فيما هلك أو سرق، ولو قال: ذبحتها ثم سرقت صدق، وقال غيره: بالذبح ضمن، وفي النوادر: عزو قول الغير ل أَصْبَغ وابن كنانة.

المتيطي: يصدق في ذبح المريضة، واختلف في الصحيحة.

الصقلي عن سَحنون: إن هربت شاة من الذود فطلبها قليلًا ثم رجع للذود، وقال: خفت ضياعه لم يضمنها وليس هذا بتفريط.

قُلتُ: ما لم يكن الذود بمحل أمن مع بعد الراعي عنه.

قال عن ابن حبيب: ولا يضمن إن نام فضاعت ولو نام نهارًا في أيام النوم، إلا أن يأتي من ذلك ما يستنكر أو بموضع خوف فيضمن.

اللخمي: إن خرج عن المعتاد في نومه ضمن، وإن نام بالشتاء أو في الصيف أول النهار أو آخره ضمن، وفي القائلة: لم يضمن إلا أن يطول، ولما ذكر اللخمي قولي ابن القاسم والغير في الذبح قال: ولابن حبيب: من أتى بثور مذبوح استعاره للحرث، وقال: خفت موته ضمن إلا أن يأتي بسبب لذلك أو لطخ ظاهر.

قال: بخلاف الراعي؛ لأنه مؤتمن مفوض إليه فيما استرعي، وإن ذبح الشاة الراعي شاة مريضة صدق قولاً واحدًا، وأرى في الصحيحة أن يصدق إذ لا فائدة له إلا أن يكون وقع بينه وبين رب الغنم شنآن، ولو كانت عادتهم فيما سقط وذبح أن الراعي يأخذ سواقطه، ففي كونه تعديًا إشكال.

قُلتُ: ومقتضى قولي ابن القاسم وغيره: لا ضمان عليه فيما أتى به منها ميتًا، فإن

كان مع عدم إمكان ذكاته فواضح، وإن ثبت تفريطه في ذكاته ضمن، وهل يجب عليه أن يحمل معه سكينًا لذكاة ما يخشى موته اعتبر في ذلك عرف موضعه فإن لم يكن عرف فالأظهر سقوطه

قال بعضهم: إلا أن يكثر فيها الموت.

وفيها: إن شرط رعيه بموضع فرعى في غيره ضمن يوم التعدي، وله أجره إلى يومه، وروى ابن وَهْب: لا ضمان على العبد الراعي كالحر.

ابن فتوح: من استدعى صبيًّا فخالفه في أمره فعطبت الغنم لم يضمن شيئًا إلا أن يستهلكا استهلاكًا فيضمن.

قُلتُ: الأظهر أنه لا شيء عليه فيما استهلكه منها لو وضعها ربها تحت يده كالوديعة حسبما ذكره اللخمي آخر كتاب الوديعة وغيره.

وسمع القرينان في البضائع والوكالات: إن بعث مع عبد لا يزال يبعث معه بعيرين فأتى فقال: تهشم في صحراء الطريق فخفت موته فنحرته، وأكلت منه ضمنه كحر نحر بعير رجل، وقال: خفت موته

قيل: إن العبد مؤتمن على تبليغه.

قال: ليس على مثل هذا أو ثمن ولو تركه حتى مات لم يضمنه، وغرم ما ضمنه على سيده.

ابن رُشْد: لأنه ليس له نحره، ولو خاف موته فهو متعد ولعله لو لم ينحره لم يمت، وهو كمن ذبح بعير رجل، وقال: وجدته يموت وسواء كانت للعبد بينة بأنه خشي عليه الموت، وأنه لذلك نحره، أو لم تكن وضمانه إن لم تكن له بينة ولا أحد يعلم ذلك أبين، ومعنى: قوله: غرم ذلك على سيده أنها جناية في رقبته لا أن غرم قيمة البعير على سيده، وإنما جعله في رقبة العبد؛ لأنه لم يصدقه أنه خشي موته، ولو صدقه في ذلك لأشبه كونه أيضًا في رقبته على قول أشهب، ورواية ابن وَهْب في الراعي: يخشى موت الغنم فيذبحها أنه ضامن إن لم يؤذن له في ذلك، وما في هذا السماع شبه ما لابن القاسم وأشهب في سماع سَحنون من العارية في العبد: يقول للرجل أرسلني إليك سيدي في

كذا فيعطاه فيتلف عنده أو يزعم أنه دفعه لسيده، وينكره سيده أن ذلك في رقبته، واحتج ابن القاسم في سماع سَحنون في الجنايات بقول مالك: لهذا أنه في رقبته وأشبه المسائل بهذه المسألة استهلاك العبد ما أودع في غير منفعة في كونها في ذمته أو في رقبته.

قولا ابن القاسم وابن الماجِشُون: فقول مالك في هذه كقول ابن الماجِشُون وابن فتوح إن وكل الراعي من ليس مثله على الغنم ضمن، وإن كان مثله ففي ضمانه قولا أبي صالح وابن لبابة.

قُلتُ: للمتيطي عن ابن حبيب كأبي صالح.

وفيها: إن أنزى الراعي على الغنم بغير إذن أهلها ضمن.

أشهب: لا يضمن.

قُلتُ: إن تقرر عرف بالإذن أو المنع فلا اختلاف، وإلا فالقولان، وينبغي إن كان الفحل لغير رب الأنثى أن يضمنه اتفاقًا.

وفي الرواحل منها: كل ما صنعه الراعي مما لا يجوز فعله فعاب الغنم ضمنه، وما يجوز فعله فلا ضمان عليه.

اللخمي: يريد: بما لا يجوز له أن يفعله أن يرمي الشاة نفسها، ويختلف إن رمى قدامها أو جانبها لترجع بموضع فوقعت عليها؛ لأنه خطأ فيما أذن فيه ولو تقربت للضربة فوقعت عليها لم يضمن، ولابن حبيب: إن رمى كرمي الراعي فأصابها خطأ ولم تكن؛ يريد: الشاة حادت إليها ضمن، وقد أجاز الله ضرب النساء للنشوز ولو شجها ضمن، ولو كان خطأ.

اللخمي: ليس مثله فعل الزوج لحق نفسه وهي مجبورة على ذلك، والراعي وكيل لرب الغنم، ففعل ما يراه حسن نظر لربها كفعل ربها.

زاد الشَّيخ عن ابن حبيب: ولا يضمن ما حدث عن رميه مثل أن تنزو الشاة لرميه أو تحيد فتقع في مهواة فتنكسر، أو تغرق في نهر أو تنطح صخرة هذا إن رمى كرمي الرعاة، ولو رماها عبثًا ضمن مطلقًا كأجنبي، ويدل على ضمانه ما أصابت رميته أنه لو رمى صيدًا فأصاب شاة ضمنها.

الصقلي: قوله خلاف قول مالك والفرق بين رمية الغنم والصيد أن الراعي لا يستقيم رعيه إلا بذلك لو ذهب لرد كل شاة تعذر فكان ذلك من عادتهم فصار بالعرف كمأذون فيه، ورميه الصيد ليس من مصالحها ويضعف تفرقته بين ما أصابت رميته وما تولد عنها استواؤها في رمي المحرم الصيد.

قال: فإن قيل: الراعي مأذون له والمحرم منهي عنه.

قُلتُ: هذا لا يشبه كما لو رمى ظبيًا يظنه سبعًا فوقع بمهواة فعليه جزاؤه، فإن قيل: الخطأ في الصيد كالعمد، قيل: وكذا في أموال الناس أبو إبراهيم لفظها في الأم كل شيء صنعه الراعي أخذه من الوجه الذي لا يجوز له فعله كذا.

لإبراهيم: ابن قاسم: قال لنا أحمد: هو غلط إنما هو أن يقول من غير الوجه الذي يجوز له أن يفعله أو من الوجه الذي لا يجوز له أن يفعله هو من كتاب أبي عمر الإشبيلي فعلى الرواية بإثباته لا يقتضي قوله: أنه ضامن إن ادعى أنه فعل ما يجوز له، ولا يصدق في ذلك، وفي نوازل سَحنون في الجنايات فيمن ضرب بطن امرأته أو شجها وقال: فعلته أدبًا، وقالت: تعديًا، اختلف فيها قول سَحنون وفيها في الراعي: يذبح الشاة ويدعي أنها تموت، القولان كذا في مدَوَّنة الشَّيخ أبي محمد فينكره.

قُلتُ: ما ذكره من قول أحمد في إثبات لا غلط كذا هو في حاشية المدَوَّنة عندي، وليس هو بحيث يقتصر فيه بالغلط لاحتمال كونها تأكيدًا أو زائدة كقوله تعالى ما منعك ألا تسجد، وقوله وفيها في الراعي يذبح الشاة ويدعي أنها تموت.

القولان يقتضي أن القولين في تصديقه أنها تموت فيدل أن لو قامت له بذلك بينة أنه لا يضمن، وقد تقدم لابن رُشْد ضمانه، وقال في طرة مدَوَّنة الشَّيخ أبي محمد: قال ابن زَرْب: الراعي على التعدي حتى يثبت غيره وهو معنى ما في المدَوَّنة، وفي كتاب ابن وضاح للراعي رعيها، ولا ضمان عليه، وكذا راكب الدابة يضربها فتعطب لا ضمان عليه، وظاهره خلاف قول ابن زَرْب.

قُلتُ: قبول قول ابن زَرْب الراعي على التعدي إلى آخره، يرد بقولها في كتاب الجعل والإجارة، ولا ضمان على الرعاة إلا فيما تعدوا فيه أو فرطوا إن كان الراعي

خاصًا برجل أو عامًا للناس.

قُلتُ: والمستثنى منه أكثر من المستثني، وفيها شرط ضمانه أو عدم تصديقه في التلف أو فيما لا يأتي تسميته لغو وتفسد الإجارة.

ابن القاسم: وله أجر مثله بغير ضمان ولو فضل المسمى غيره لا شيء له من فضله، ومحال أن يفضله، وكذا نقله الصقلي.

وفي غير نسخة للخمي قال ابن القاسم: له الأكثر إن عمل من المسمى أو أجر المثل، وقيل: له أجر المثل قل أو كثر ويجري فيها القول بجواز الشرط، ويضمن إن لم يأت بالقيمة لقدرته على ذلك كقول المستأجر انكسرت الجفنة، ولم يأت بفلقتها بخلاف قوله ذهبت وهي حية أو ضاعت الجفنة، وفيها لمالك: لا يعجبني أن يستسقي مار براع من لبن ما يرعى.

اللخمي: يريد: إن كان الغالب إباحته كره لاحتمال منع ربها ذلك ولم يحرم لغلبة الإباحة، وإن كانوا يمنعونه أو أكثرهم لم يجز، وإن كانوا يبيحونه ولا يمنعونه لم يكره، وفيها: لا يضمن أجير الخدمة ما كسر من آنية أو أفسد من طحن أو أهراق من ماء أو لبن أو ما وطئ عليه فكسره أو أحرقه إلا أن يتعدى.

قال غيره: ما وطئ عليه أو عثر عليه ضمنه، وسمع عيسى في كتاب الرواحل: منع ابن وَهْب من اكترى دابة لحمل خشبه فانقلبت من يده فسقطت من ظهر الدابة فكسرت رجلها فهو ضامن لها.

ابن رُشْد: لأن الخطأ والعمد في أموال الناس سواء، ولو ضرب الدابة ضربًا يجوز له فعطبت لم يضمن، ولو أخطأ في ضربه ضمن.

قُلتُ: فالواجب إن وضع الخشبة على الدابة وضع مثلها لم يضمن، فتأمله وفيها إجارة الأطباء على العلاج إنما هو على البرء إن برئ فله حقه، وإلا فلا شيء له إلا أن يشترط شرطًا حلالًا فينفذ كشرطه أن يكحله شهرًا بكذا فيجوز إن لم ينفذه، وهذه إجارة أن برئ قبل الأجل أخذ بحسابه، إلا أن يواجره وهو صحيح العينين بكحله شهرا بكذا فيجوز فيه النقد، ويلزم تمام الشهر.

اللخمي: لا يشترط النقد لإمكان البرء في بعض الأجل، ولا بأس أن يشترط من النقد ما الغالب أن لا يبرأ فيه، وفي منعه على الجعالة قولا الجلاب لا بأس بالمجاعلة على البرء، وقيل: لا يجوز إلا إلى مدة معلومة مشاهرة أو غيرها.

اللخمي: المعروف في المسألة الجواز وفي أصلها المنع من ثلاثة أوجه كونه مما يطول أو يشغل، وكونه فيما لا يملكه الجاعل كأرضه؛ ولأنه قد يترك في نصف البرء فينتفع العليل بلا غرم، وعلى الجواز إن ترك قبل تمام البرء فبرئ بمجاعلة آخر فمختلف هل يكون للأول بقدر ما انتفع بعمله كعامل المساقاة يعجز قبل تمام العمل.

قال مالك: لا شيء له فأحرى مع الترك اختيارًا.

قُلتُ: تمامها في الجعل.

قال: ولا يجوز شرط نقد عوضه، ويختلف في الطوع به.

قال أشهب: لا خير فيه لما كان العامل بالخيار فيصير كابتداء أخذ منافع عن دين.

قيل: لا يكون كذلك إلا بعدده بعد تركه.

قُلتُ: ما نقله عن أشهب هو المعروف من المذهب حسبما تقدم في الخيار منع الطوع بالنقد في أربع مسائل منها الكراء على خيار، وما نقله عن غيره هو أصل أشهب لإجازته أخذ منافع عن دين.

قال: ويجوز كون الدواء من عند الطبيب.

قال مالك في شرح ابن مزين: مؤاجرة الطبيب على إن برئ فله كذا، وإلا فله أجر دوابه هذا من شرطين في بيع، إنما يجوز مجاعلته على إن برئ فله، وإن لم يبرأ فلا شيء له، وأجاز جعله والدواء من عند الطبيب، وكذا الجعل على الآبق إن وجد العبد اتفق عليه، وكان له الجعل دون النفقة إذ قد تكثر النفقة أو يأبق العبد قرب المدينة فلا يكون له شيء.

قُلتُ: في سماع عيسى: قال ابن وَهْب وابن القاسم: مشارطة الطبيب العليل على إن برئ فله كذا وإلا فله ثمن الدواء من بيعتين في بيعة، وأجاز مالك مشارطته على شيء معلوم إن صح أخذه، وإلا لم يكن له شيء.

ابن القاسم: لا خير فيه.

ابن رُشْد: كونه من بيعتين في بيعة يدخله الغرر، لا يدري الطبيب هل يحصل له الأجر المسمى أو ثمن أدويته، فإن نزل فسخ متى عثر عليه وله ثمن ما عالج به من أدويته، وقيمة عمله في علاجه، ولم يتعرض لقول ابن القاسم لا خير فيه كأنه ساقط.

فيها: لا بأس بإجارة الفحل للإنزاء فرسًا أو تيس أو حمارًا أو بعيرًا على نزو أكوام معروفة، أو شهر بكذا وإن شرطه حتى تعق الأنثى لم يجز.

اللخمي: قول ابن حبيب: إن سمى زمنًا لم يجز تسمية النزوات فاسد، ولا يجوز إلا تسميتها لاختلاف الإجارة بقلتها وكثرتها.

قُلتُ: إن كانت حركة الفحل لذلك مأمونة، فقول ابن حبيب صواب كأحد القولين في منع خياطة ثوبين في وقت يمكن أن يسع خياطتهما، وإن لم تكن مأمونة منع اتفاقًا كما مر في التوقيت في خياطتهما.

قال: وروى ابن حبيب: يكره بيع عسيب الفحل، وثبت النهي عن بيعه، وقد يحمل على الندب، وليس من مكارم الأخلاق أخذ عوض عنه، فإن فعل لم تفسخ الإجارة، وإن أخذها لم ترد، ولسَحنون: إن استأجره لنزوين فعقت بعد نزو لم يلزمه الثاني وانفسخ فيه العقد كالصبي في الرضاع.

قُلتُ: تقدم فيه الخلاف من نقل المتيطي: عياض: وتعق الرمكة بكسر العين تحمل، وسمع عيسى ابن القاسم: جواز نزو البغل على البغلة، وفي كراهة الإجارة عليه، ثالثها: الوقف لأول قولي ابن القاسم وعيسى، وثانيهما: وصوب ابن رُشْد الثاني.

والإجارة على البناء إن كانت على العمل فقط والآلة على ربه وجب معرفتها صفته بشرط أو عرف، والأجل في مطلقه بالزمان كخدمة حرث غير مقيد بمحل معين وفي مقيده بشكل معين كبيت أو دار بتمامه.

المتيطي: وما انهدم من هذه الدار قبل تمامها فللأجير بحسب ما عمل، ولا يلزمه إعادة بنائه وتفسخ الإجارة فيما بقي إن تعذر على صاحب العمل ما بنى فيه مثل ذلك، وإن أمكن مثله أتمه فيه وإن رضي رب العمل أن يبني له أسفل مثل ما بنى فوقه لزمه؛

لأنه أهون والدلو والفأس والقفاف على رب الدار إلا أن يكون عرف فيقضى به.

قُلتُ: وقاله اللخمي، وفرضه في بناء حائط لا دار.

قُلتُ: ومعناه: أن انهدامه لا بسبب سوء صنعته، فإن ثبت كونه به فلا أجر له وغرم قيمة ما أتلف من آلة كقولها في الصانع يفسد نسج الغزل ونحوه لابن فتوح وعياض واللخمي، وإن كان مقاطعة فقال: إن بنيته كاملًا فلك الأجر، وإلا فلا شيء لك جاز كالمقاطعة على الخياطة لا تستحق شيئًا إلا بتمام بنائه، وإن انهدم لزم بناؤه من أوله.

قُلتُ: مقتضى هذا أنه جعالة، وصرح به ابن فتوح فقال: معنى ذلك: أنه على معنى الجعل، وهو مشكل كما قرره.

اللخمي: في جعل الطبيب؛ لأنه فيما يملكه الجاعل، وفيها من استأجر رجلًا على بناء وصفه له فلما بنى نصفه انهدم فله من الأجر بقدر ما عمل، وليس عليه بناؤه ثانية كان الأجر والطين من عندك أو من عنده.

قال غيره: لا يكون هذا إلا في عمل رجل بعينه لا يكون مضمونًا.

عياض: كذا عندنا سَحنون، وعليه فيه مضمونًا تمام العمل كذا في روايتنا من كتاب ابن عتاب وابن المرابط، وسقط اسم سَحنون لابن المرابط والدباغ والأبياني، وبهذا اللفظ نقلها ابن لبابة، وعلى معناه اختصرها الشَّيخ، وفي بعض الأمهات، وقال غيره: لا يكون هذا في عمل رجل بعينه لا يكون إلا مضمونًا، وعليه فيه تمام العمل، وجاء الكلام في المضمون كله لابن القاسم، وفي كتاب ابن عتاب: أمر سَحنون بطرح قول الغير.

ابن وضاح: قرأناه عليه مرة فأمر بطرحه، وقال: لا أعرفه، وفي كتاب ابن سهل: ثبت قول غيره لابن باز، ولابن المرابط كان موقوفًا في كتاب ابن وضاح، وفيه قال ابن وضاح: قال سَحنون: مسألة الغير أصح مسائلها، وهو أصل جيد، وذهب بعض المتأخرين إلى أن قول الغير وفاق، إلا على اختصار الشَّيخ فهو خلاف عياض، إنما قول الغير على مقتضى أول المسألة في أن ما يبنى به على العامل فأجازه مالك وابن القاسم،

وقال غيره: إن كان على وجه القبالة يعني الضمان لا على عمل رجل بعينه فلا بأس به إن قدم نقده فحملها أنها كالسلم تجب فيه شروطه، ولم يذكر فيها ضرب الأجل؛ لأنه رأى المعجل منها تبعًا لما بقي، وأمد فراغها وما يدخل فيها من جص وأجر معلوم وعادة وابن القاسم لم يراع هذا، ورآه إجارة وبيعًا كانت بعمل رجل بعينه، أو بغير عينه وشبهه بيع السلعة للحاجة إلى ذلك؛ لأن أمد فراغها، وما يدخلها معلوم وهو يسرع في العمل، وقال ابن أبي زَمَنِيْن: هذه مسألة لا يحملها القياس، وهي استحسان.

وقال سَحنون: لا تحملها الأصول، ومنعها عبد الملك في الثانية، وكذلك معنى قول الغير عندي أو أن أصل هذه المسألة لا تجوز هذه الإجارة في عمل رجل بعينه إن لم يكن مضمونًا، وإنما تجوز الإجارة في المضمون، وهذا بين على روايات الأمهات، ويكون خلافًا وعلى ما عندنا، واختصار الشَّيخ لا يكون خلافًا وعلى الخلاف حملها سَحنون، وقال: اردد مسألة الحائط لمسألة الغير هي أصح مسائلنا، وفي الأسدية زيادة حسنة، وهي إن تشاحا فعليه بناء ما بقي من العمل فيما يشبه، وله أجره كله إلا أن يكون سقوطه من سوء البناء فعليه أن يعيده ثانية.

قُلتُ: فإن لم يكن من سوء البناء فعليه أن يبني له ما بقي من ذلك العمل فيما يشبه وله أجره إذا تشاحا.

قال: نعم.

قُلتُ: سمع أَصْبَغ ابن القاسم لا بأس أن يواجر البناء على البناء مقاطعة هو من عمل الناس، فإن طال ذلك ضرب له أجل أيام.

ابن رُشْد: كونه مقاطعة صحيح، ولا يصح فيما قل ويفرغ منه في بعض اليوم لا مقاطعة، وما كثر يجوز مقاطعة إذا وصف العمل أو عجل النقد، وشرع في العمل ويجوز فيه بالأيام فمعنى قوله: إن طال ذلك ضرب له أجل أيام أبي إن طال جازت مؤاجرته فيه بالأيام لا أنه يجوز أن يؤاجره فيه إلى تمامه مع تأجيله بالأيام لمنعه ذلك بعد هذا وتقدم ما فيه.

قُلتُ: مقتضى السماع وتفسير ابن رُشْد أن معنى المقاطعة: تأجيل البناء بفراغ بناء

المبنى الموصوف ومقابلة تأجيله بالأيام، وهو مقتضى ما تقدم للمتيطي ما انهدم من الدار قبل تمامها فللأجير بحساب ما عمل خلاف ما تقدم للخمي من تفسير المقاطعة من أنه لا يستحق فيها شيئًا من الأجر، إلا بتمام البناء وأنه إن انهدم شيء لزمه بناؤه إلا أن يحمل كلام اللخمي على المقاطعة المقيدة بما ذكر من قوله أن يبنيه كاملًا فلك الأجر وإلا فلا شيء لك لا على مطلق المقاطعة، وأيا ما كان فقوله مشكل إن حمل على مطلق المقاطعة كان خلاف السماع المذكور، وإن حمل على المقاطعة المقيدة بما ذكر فهي فاسدة؛ لأنها آئلة إلى الجعالة فيما يملكه الجاعل حسبما ذكره هو في مجاعلة الطبيب، وهذا كله ومادة البناء من رب العرصة، وإن كان على أنه على العامل فحكمه ما تقرر في فصل السلم في المصنوع وباستحضار حكمه، وحكم أجير العمل يتضح لك الحق في مسألة قول الغير، وسمع عيسى ابن القاسم أخذ عرصة على أن يبنيها ليسكنها مما ينفق فيها جائز إن سماه، وما لكل سنة منه وإلا فلا خير فيه ابن رُشْد؛ لأنه إن لم يسمها كان كراء مجهولًا، وجاز دون وصف البناء؛ لأنه وكيل عليه أن يبني بما يليق بالعرصة صح كوكالته على شراء جارية دون صفة ولو وصف البناء مدة السكنى جاز، ولو لم يسم ما يبني به ولا ما لكل سنة مدة بل لا يجوز مع ذلك تسميته ما يبني به؛ لأنه يصير من بيعتين في بيعة وفيها لا بأس بالإجارة على حفر بئر عمقها كذا إن خبر أرضها، وإلا فلا خير فيه كقول مالك في الإجارة على حفرها لبلوغ الماء إن عرفا أرضها فلا بأس وإلا لواجبة.

الصقلي: ليحيى عن ابن القاسم إن عرفا الأرض بلين أو شدة أو جهلاها معا جاز وإن جهلها أحدهما لم يجز الجعل فيه.

الشَّيخ في الموازيَّة عن ابن القاسم: إن كانت الأرض للمستأجر لم يجز له فيها جعل على بناء أو حفر، وتجوز له الإجارة والمقاطعة، فإن عامله على أنه إن نض الماء وتم البناء فالبئر بينهما ببنائها ومائها، فإن عرفا قرب الماء وبعده وشدة الأرض وسميا للماء قدرًا معلومًا جاز، وإلا فلا خير فيه، وقد أجازه مالك إن أشكل الأمر على الأذرع.

ابن حبيب: الإجارة على الحفر أن يقول أوأجرك على حفر هذه البئر مع طيها أو

دونه، أو على عمل عشرة أيام وما يحتاج إليه من حبل وقفاف وأجره على رب البئر وكذا البناء، ولو مات الأجير أو منعته صخرة من التمادي فله بقدر ما عمل.

اللخمي: حفر الآبار على ثلاثة أوجه جعل، وإجارة ومقاطعة هذان يلزمان بالعقد إن علما بعد الماء، وصفة الأرض جازت مطلقًا دون شرط، إن قال أستأجرك على حفر بئر بهذه الأرض، ولم يزد جاز إلا أن تختلف عادتهم في سعتها فتذكر.

قُلتُ: ويعين محل الحفر منها، وإن علما صفة الأرض دون بعد الماء لم يجز إلا مذارعة.

قُلتُ: أو بالزمان قال: وفي العكس جائز إن سموا للشديدة أجرة وللرخوة أجرة فما حفر من كل صنف فله بحسابه.

قُلتُ: في جواز هذا نظر؛ لأنه كصبرتين مختلفتي الصفة والسوم في كل قفيز منهما، ولا ضرورة لذلك لقدرتهما على الإجارة مذارعة.

المتيطي: إن أغفل في العقد ذكر معرفة صفة الأرض، فقال: الأجير ظننتها رخوة وألفاها صلبة أو قريبة الماء وألفاها بعيدته، فإن اتفقا على تعيين المكان لزمه ما لم تختلف الآبار حوله، فإن اختلفت ولم يكن الأجير ممن يعرف تلك الجهة أو ادعى الجهل فسخ، ولنرجع إلى مقصدنا الأول في محاذات كلام ابن الحاجب فلا يجوز كراء الأرض لحرث بطعام أو ما تنبته لغير طول فيها لا يجوز كراؤها بشيء مما تنبته، ولو كان من غير الطعام من قطن أو كتاب أقضب أو قرط أو تبن أو علف ولا بزعفران؛ لأنه مما تنبته ولا بطيب يشبهه ولا بعض ولا بطعام ولو لم تنبته لا يجوز بلبن أو سمن أو عسل أو تمر أو صبر أو ملح أو بشيء من الأنبذة أو فلفل أو زريعة كتان أو ريت الفجل أو طير الماء الذي للذبح أو شاة لحم.

ابن رُشْد: هذا قول جمهور أصحابه.

الصقلي: عن ابن حبيب: هو قول مالك وابن القاسم وأشهب وابن وَهْب و أَصْبَغ وابن عبد الحَكم والآخرون.

ابن رُشْد: وقيل: تجوز بكل شيء معلوم إلا بالجزء مما يخرج منها، وهو ظاهر قول

مالك في الموطأ في كتاب المساقاة قال فيه: لا ينبغي أن يساقي الأرض البيضاء؛ لأنه لا يحل لصاحبها كراؤها بالعين وشبهها من الأثمان المعلومة إلا أن ذلك غير معلوم من مذهبه.

قُلتُ: تبع في هذا أبا عمر؛ لأنه قال إثر قول مالك: ظاهره أنه يجيز كراءها بكل شيء معلوم وإن كان طعامًا.

قُلتُ: وفي قولهما نظر؛ لأن الطعام لا يشبه الدنانير والدراهم.

أبو عمر: قال ابن نافع: تجوز بالطعام والإدام وغيره إلا الحنطة وأخواتها يعني البر والشعير والسلت ونقله ابن رُشْد عنه.

الصقلي: بزيادة على أن يزرع فيها بخلاف ما اكتريت به.

أبو عمر: قال ابن كنانة: تجوز بكل ما لو أعيد إليها لم ينبت من طعام أو غيره.

ابن رُشْد: واختاره عيسى ابن دينار.

المتيطي: وحكاه سَحنون عن الغير.

ابن مزين: وقاله يحيى بن يحيى، ورواه عن مالك ابن مزين وبه أقول.

الباجي: قال ابن حبيب: كره مالك كراؤها بالطعام؛ لأنه طعام بطعام لأجل، وقال ابن الماجِشُون: إنما كرهه؛ لأنه من المحاقلة إلا في أرض لا تنبت ذلك الشيء كالقطن والزعفران في أرض لا تنبتهما.

الباجي: ولا تكرى بشيء من الحشيش، وقال محمد: لا بأس أن تكرى بالخضر.

الشَّيخ: يريد من الكلأ؛ لأنه ليس بطعام ولا مما يزرع وعلى منع كرائها بالكتان.

قال محمد: يجوز بثيابه.

الباجي: لأنه استحال عن أصله.

اللخمي: يجوز بما تنبته الأرض ولا ينبته الناس كالذهب والفضة والرصاص والنحاس والكبريت والحشيش والحلفاء.

قُلتُ: قوله: (يجوز بالحشيش) خلاف نقل الباجي، إلا أن يريد الحشيش الذي هو طعام.

وفيها: لا بأس بكرائها بالعود والصندل والحطب والخشب والجذوع.

الصقلي: قال ابن سَحنون لأبيه: لم أجازها بهذه وهي مما تنبتها الأرض.

قال: لطول مكثها.

قال غيره: ويجوز كراؤها شهرين بشيء لا يمكن إلا في سنة من غير الطعام، وشدد سَحنون في كرائها بالجزء مما يخرج منها وخرج فاعله.

الشَّيخ: يريد إن كان عالمًا أنه لا يجوز، وهو مذهبه أو قول من قلده.

قال ابن سَحنون: ولا يؤكل طعامه ولا يشترى منه الطعام الذي أخذ في كرائها، وإن نزل فإنما له كراؤها بالعين.

الشَّيخ: ذكر غير واحد عن عيسى بن مسكين وغيره من قضاة أصحابنا بإفريقيَّة أنهم حكموا بأن يعطاه قيمة ما يقع له من ذلك بجزء ثلث أو ربع دراهم.

قالوا: لأنها لا يعرف لها بالمغرب قيمة كراء بالعين ولم يعتبروا كراءها يوم العقد؛ لأنه لا كراء على المكتري في العقد إن لم يصب فيها شيئًا، ولا بأس بكرائها بالماء قلت ولا يتخرج منعها به على أنه طعام؛ لأنه قول ابن نافع وهو يجيزها بالطعام غير الحنطة وجنسها، ولما ذكر المتيطي قضاء ابن مسكين قال: قال بعض الموثقين أرض الأندلس عندي بخلاف ذلك الكراء فيها معروف فيجب أن يقضى فيها بكراء المثل.

قُلتُ: وكذا الأمر عندنا في أراضي تونس، وفي قولهم ينظر إلى ما يقع له من ذلك الجزء ثلث أو ربع دراهم نظر؛ لأن ظاهره البناء على ما دخلا عليه من الجزء هو عقد فاسد فيجب لغو ما دخلا عليه فيه، وينظر إلى قيمتها بالجزء أن لو جاز فيها، ثم ينظر إلى قيمة ذلك الجزء ففي قصر جواز كرائها على غير مطلق طعام، وما يستنبت فيها لا عن طول أو على غير الجزء مما يخرج منها أو على غير القمح والشعير والسلت، رابعها: هذا بقيد أن يزرع فيها غير ما أكريت به، وخامسها: على ما لو أعيد فيها لم ينبت ولو كان طعامًا، وسادسها: يجوز بالجزء مما يخرج منها المشهور مع أكثر الرواة، وابن رُشْد مع أبي عمر عن ظاهر الموطأ، وله عن ابن نافع، ولابن رُشْد مع الأكثر عنه، ولابن كنانة مع عيسى، والمغيرة ويحيى بن يحيى، وعياض عن الداودي مع الأصيلي ويحيى بن يحيى،

وجعل ابن الحاجب وابن شاس القصب كالجذوع، وقبوله ابن هارون لا أعرفه بل قولها لا يجوز كراؤها، وقول اللخمي يجوز كراؤها بالمصطكى مضى في أنه غير طعام وفضل حكم المنفعة تقدم منه مسائل.

واستئجار الأرض للحرث:

فيها: لا بأس لكراء أرض المطر عشر سنين إن لم ينقد، فإن شرط النقد فسد الكراء.

قال غيره: لا تكرى أرض المطر التي تروي مرة وتعطش أخرى إلا قرب توقع الغيث إن لم ينقد.

الباجي: المأمونة يجوز عقد كرائها قبل إبان الحرث لعشر سنين وأكثر ما لم تكثر جدًا، وغير المأمونة كأرض المطر ذكر فيها قول ابن القاسم معزوًا لأكثر الرواة.

ابن رُشْد: لا يفرق ابن القاسم بين الأرضين في جواز العقد لعام أو لأعوام كثيرة، ولو كانت غير مأمونة، وهي في جواز النقد قسمان فالمأمونة كأرض النيل، والمطر المأمون والسقي بالأنهار، والعيون الثابتة والآبار المعينة النقد فيها للأعوام الكثيرة جائز، وغير المأمونة لا يجوز النقد فيها إلا نقدًا بعد ريها، وإمكان حرثها كانت من أرض النيل أو المطر أو العيون والآبار، وهي في وجوبه قسمان أرض النيل يجب فيها إذا رويت؛ لأنها لا تفتقر لسقي بربها يكون للمكتري قابضًا إن اكترى وأرض السقي والمطر لا يجب فيها حتى يتم الزرع، ويستغني عن الماء، وكذا ما يزرع بطونًا لا يلزمه في البطن حتى يستغني عن الماء ووافقه ابن الماجِشُون في أرض النيل وفي أرض المطر والسقي غير المأمون، وخالفه في أرض السقي المأمون جعلها ابن القاسم كأرض المطر والسقي غير المأمون، وجعلها ابن الماجِشُون كأرض النيل والأرض على قول ابن الماجِشُون أربع أرض النيل المأمونة يجوز كراؤها للأعوام الكثيرة، ولو بالنقد قرب إبان شربها أو بعد، قاله في المَدَوَّنة، وأرض السقي بالآبار والأنهار يجوز كراؤها لعشرة أعوام لا أكثر والنقد فيها على مذهبه جائز قاله الفضل، وأرض السقي بالعيون لا يجوز كراؤها لثلاثة أعوام أو أربعة ولا ينتقد الا سنة بسنة؛ يريد: ينقد للسنة الثانية قبل تمام

الأولى بيسير، وإن لم تروا الأرض هذا قوله في الواضحة، وأرض المطر لا يجوز كراؤها إلا لعام واحد قرب إبان ريها، ولا يجوز النقد فيها حتى تروى ريًا مبلغًا لزرعها أو لأكثره مع رجاء وقوع غيره، قاله في المدَوَّنة.

قُلتُ: فتفسير الغير فيها بابن الماجِشُون، وفسره المتيطي بأشهب، ولابن فتوح قيل: في الأرض المأمونة كأرض النيل لا تجوز قبالتها إلا لعام واحد، ولا يجوز النقد فيها إلا لعام واحد، وقال سَحنون: هذا تضييق بل يجوز كراؤها سنة، والنقد فيها وفيها الأرض الغرقة إن كانت لا يشك في انكشاف الماء عنها جاز نقد كرائها.

اللخمي: إن كان انكشافه مأمونًا كالنيل جاز شرط النقد إن كان فيها حصل غنى عن سواه وكذا إن كان لا يكفيها والغالب أن مكيل المطر بعده يكفي، ومعنى قول ابن القاسم يلزم النقد في أرض النيل إن رويت إذا انكشف الماء عنها وأمكن قبض المنافع، والقياس أن لا يلزم النقد فيها بربها؛ لأن المكتري اشترى شيئين الماء ومنافع الأرض فلا يلزمه النقد بقبض أحدهما، وقد يجعل القول بلزوم النقد بها؛ لأن المكتري على قول مالك ليس للصانع تقديم أجره حتى يبدأ في العمل.

قُلتُ: ما ذكره من موجب القياس سبقه به التونسي بما يتقى جوابًا عنه.

قال: إن قيل منافع الأرض إنما يقبضها المكتري شيئًا فشيئًا فأشبهت الدار للسكنى إذا لم يشترط نقد كرائها فلا يجب من نقده إلا بقدر ما سكن.

قُلتُ: السكنى إنما يأخذها المكتري شيئًا بعد شيء فصارت كسلع يدفع من ثمنها بقدر ما دفع منها، والماء هنا مكرى مع الأرض، وقد سلمها المكري للمكتري والمكتري هو الذي يقبضه لزرعه شيئًا بعد شيء، فإن قيل: لم يفعل هذا ابن القاسم في البئر مع الأرض المكراة بها قيل؛ لأن البئر تشبه السكنى التي تأتي شيئًا بعد شيء ما لم يصل ماؤها للأرض، وفيها: لا أحب كراء أرض قل ماء بئرها يخاف أن لا يكفي زرعها.

ابن القاسم: كرهه للمخاطرة إذ لو علم ربها كفايته لم يكرها إلا بضعف كرائها، والتي ماؤها مأمون إن قل ماؤها فللمكتري إصلاحها بكرائها، ولو كره مكريها وليس

له ذلك في التي ماؤها غير مأمون ولا تهمة في تعجيل كراء المأمونة، وفي غير المأمونة يتهمان لما انتفع به من تعجيل نقده في تخفيف الكراء عنه، فإن تم له الماء نال بتعجيله ما طلب وكان ما نقده بيعًا، وإن لم يتم له الماء رد ما نقد فصار تارة بيعًا وتارة سلفًا.

عياض: مفهومه فساد العقد وهو ما في الموازيَّة وظاهر قوله أن صاحب الكراء الصحيح على الماء الكثير أن هذا عنده ليس صحيح، وظاهر قوله صار تارة بيعًا وتارة سلفًا؛ لأنه إنما كره النقد لا العقد وعليه حملها بعضهم والأولى أولى والكلام الآخر إنما أتى به زيادة لتقليل الفساد، وأنه في النقدين يدخله علة أخرى كما علل بعلة ثالثة وهي التمكن من الإصلاح ومنعه منه حسبما ذكره.

قُلتُ: إنما يتصور دخول علة أخرى في مسألة النقد.

الصقلي في الموازيَّة: كراء أرض لا يكفي ماء بئرها فاسد وإن لم ينقد؛ لأنه مخاطرة إذ لا يدري يتم الزرع أم لا، وظاهر المدَوَّنة إنما كره النقد والأشبه أنه لا يجوز، والفرق بينها وبين أرض المطر أنه لا يقدر على رفع غرر المطر، وغرر البئر يقدران على رفعه بإصلاحها أو بكراء ما يكفيه ماؤها، وفرق الباجي بأنه في ذات البئر إنما دخل على القدر الذي رأى، وإن لم يكف زرعه لم يرجع بشيء، وفي ذات المطر إن لم يأته ما يكفي زرعه سقط عنه الكراء.

أبو عمران: إنما منع مالك كراءها بشرط النقد لا مطلقًا، وقال القابسي: منعه مطلقًا، ولو لم يشترط النقد وفيها من أكرى أرضه الغرقة بكذا إن انكشف ماؤها، وإلا فلا كراء بينهما، وهي يُخاف أن لا ينكشف عنها جاز إن لم ينقد، ولا يجوز النقد إلا أن يوقن بانكشافه، وقال غيره: إن خيف أن لا ينكشف لم يجز وإن لم ينقد، وفي الموازيَّة لابن القاسم: كقوله فيها: ولم يحك محمد قول الغير بحال، وقال ابن شاس: إن علم عدم انكشافه لم يجز العقد، وإن كان الغالب انكشافه صح العقد، وإن استوى الاحتمالان فكذلك عند ابن القاسم، وقال غيره: إن خيف عدم انكشافه لم يجز العقد.

قُلتُ: مفهوم أول كلامه إن رجي انكشافه نادرًا جاز كراؤها، ومفهوم ثانيه وثالثه منع كرائها، وعليه بنى ابن الحاجب كلامه في نقله على المذهب فقال: لا يجوز استئجار

أرض المزارعة وماؤها غائر، وانكشافه نادر، وظاهر المدَوَّنة والموازيَّة: جوازه، وإنما منعه فيها غير ابن القاسم.

وشرط منفعة في الأرض كشرط نقد بعض كرائها:

فيها: من اكترى أرضًا على أن يكريها ثلاث مرات، ويزرعها في الكراب الرابع جاز، وكذا على أن يزيلها بشيء معروف.

الصقلي وغيره: يريد: إن كانت مأمونة؛ لأن زيادة الكراب والتزبيل منفعة تبقى في الأرض إن لم يتم زرعه، فإن نزل في غير المأمونة، ولم يتم زرعه نظر كم زيد كراؤها؛ لزيادة ما اشترط على معتاد حرثها، وهو عندنا حرثه على كرائها دون ما اشترطت زيادته على المعتاد فيرجع بالزائد؛ لأنه كنقد اشترط فيها ولو تم زرعه فيها كان عليه كراء مثلها بشرط تلك الزيادة؛ لأنه كراء فاسد، وقاله التونسي.

قال ابن فتوح: انظر كيف تجوز مسألة الزبل، وقد قال: من باع صبغًا على أن يصبغ المبتاع البائع فيه ثوبًا أو ثوبين لم يجز بيعه؛ لجهل المبتاع قدر ما يبقى له بعد صبغه الثوب من الصبغ، وكذا الزبل لا يدري ما بقي منه بعد قلع زرعه من الأرض.

قُلتُ: يفرق بأن الغرر في مسألة الصبغ هو في كل المشترى، وفي مسألة الزبل إنما هو في بعض عوض الأرض، وإنما نظير مسألة الصبغ كراء الأرض بتزبيلها فقط، وعزا غيره هذه المناقضة لفضل، وقال: طرح سَحنون اسمه على إحدى هاتين المسألتين وناقض بها قول مالك في منع بيع الزبل في البيوع الفاسدة.

الصقلي: ولو قيل: لو حرثها حرثه فلم يتم زرعه أن ذلك يزيد في كرائها في المقبلة لوجب أن يرجع عليه به إذا لم يتم زرعه، ونحوه لبعض القرويين.

قُلتُ: ونحوه للتونسي.

ابن شاس: يحتاج فيما استؤجر لسكنى دار أو حانوت أو حمام لمعرفة ما تختلف من منفعته، وتعلق الغرض به.

قُلتُ: فيها: من اكترى مائة ذراع من أرض معينة جاز إن تساوت، وإلا لم يجز حتى يعين موضعها.

قال غيره: لا يجوز حتى يعين ولو تساوت.

الصقلي: إنما منعه في المختلفة؛ لأنه لم يذكر قدر الأرض ولو ذكر قدرها لجاز وكان شريكًا بالعشر.

إن قال: هي ألف ذراع، قال ابن أبي زَمَنَيْن: وإنما منعه غيره؛ لأن من قول أصحاب مالك أن بيع ثوب من ثوبين متحدي الصفة، والقيمة يضرب عليهما بالقرعة أيهما خرج أخذه المشتري لا يجوز.

والكراء كالبيع رأيت هذا لبعض العلماء وهو صحيح.

الصقلي: ويلزم عليه منع كراء جزء شائع من الأرض لتأديته لاكتراء ما يخرجه السهم، وكذا الجزء جائز اتفاقًا، ولا ينظر إلى مآل القسمة لعدم لزومها لجواز بقائهما على الشركة فهي كطرو الاستحقاق فوجب لغو مآلها، وإنما العلة عند الغير أن الأرض لا تكاد تتساوى.

اللخمي وابن رُشْد وابن شاس: والمعتبر في أجر منفعة الربع ما لم تتغير فيه غالبًا فيجوز فيه العقد والنقد، وما لا يؤمن تغيره لطول مدته أوضعف بنائه جاز فيه العقد لا النقد، وما غلب الظن بعدم بقائه لمدة لم يجز العقد عليه، له كراؤها عدة سنين غير معين لكل سنة قدرًا من الكراء جائز كالأشهر في السنة.

قُلتُ: فيها: إن أكريت أرضًا ثلاث سنين بثلاثين دينارًا لكل سنة عشرة قال لا بل تحسب على قدر نفاقها كل سنة ليس ما ينقد فيه كالذي يتأخر نقده.

التونسي في الموازيَّة: ينقده إذا وجب النقد ثلث الكراء بخلاف اعتبار السنين إذا عطشت الأرض في بعضها؛ لأنه في النقد خفيف ليسارة الغرر فيه، وكذلك أجيز عقد الكراء إذا اختلف الأمر مع أن ما يتعجله غير معلوم ليسارته وبعد التخاطر؛ لأن حمله الثمن معلوم، وإنما المجهول ما ينوب هذه السنة.

قُلتُ: حاصله أنه جعل الحكم بتماثل السنين في نقد مناب كل سنة من الثمن منافيًا للحكم بعدم تماثلها فيه إن وقع عطش في بعضها، وأجاب بيسارة الغرر وقلته حسبما قرره وفيه نظر؛ لأن الغرر إنما هو معتبر في إيجابه الفساد وفيه يعفى عن يسيره لا في

اختلاف مناب آحاد المبيع من ثمنه، والجواب عن السؤال أن تقول باختلاف مناب آحاد المبيع من ثمنه حال حصوله كله لمشتريه لا يوجب فائدة؛ لأن جيده ورديئه قد حصل له بكل الثمن فكونه موزعًا على آحاده بالسوية أو التفاوت طردي غير مفيد شيئًا، واختلاف مناب آحادها منه حال حصول بعضها له، وتعذر بعضها مفيد لمشتريها قطعًا إذا تقرر هذا فاعتبار نسبة الثمن إلى آحاد المثمون عند النقد إنما هو باعتبار حصول كل آحاد المثمون لمبتاعه؛ لأن الأصل السلامة واعتباره بهذه الحال موجب كونه على التساوي لما قررناه واعتبار نسبته إليها في عطش بعض السنين إنما هو باعتبار حصول بعضها دون كلها موجب اعتبار نسبته إليها بحسب حالها واختلافها لما قررناه، ووجوب علم صفة المكتري يمنع كونه في الربع والأرض مضمونًا؛ لأن من صفاته المعتبرة موضعه فوجب كونه معينًا وتعين للمتكاريين بالكل سنة من الكراء كالمتبايعين في السلع المعروف لغوه خلاف ما تقدم في الرد بالعيب عن المتيطي.

ومدة الكراء إن عينت لزمت العاقدين: فيها: إن أكرى سنة بعينها أو شهرًا بعينه لم يكن لأحدهما فسخه.

عياض: إن نص على تعيين الشهر أو السنة، أو جاء بما يقوم مقام التعيين لزمهما اتفاقًا وصوره خمس هذه السنة أو هذا الشهر أو إلى سنة كذا أو سمى عددًا غير الواحد، كقوله سنتين أو ذكر أجلًا كأكريك إلى شهر كذا أو إلى سنة كذا أو نقده كراء شهر أو سنة أو أكثر كل ذلك لازم إن لم يقارنه ما يفسده أو يحله.

قُلتُ: وقاله اللخمي وابن رُشْد.

عياض: واختلف في ثلاث صور إن قال أكتري منك سنة بدرهم أو شهرًا بدرهم قال أكثرهم: ظاهرها لزومه كالمعين وهو بين من قولها إن استأجر دارًا سنة أو سنتين جاز وله أن يسكن لو سكن متى شاء فلو كان لربه الخيار لم يتركه ليسكن متى شاء، ومن قولها إن استأجرت دارًا سنة بعد عشرة أيام من الشهر حسب هذه الأيام، ثم أحد عشر شهرًا ثم تكمل مع الأيام التي مضت من الشهر ثلاثين يومًا، وفي كتاب المدبر إن قال لعبده: أخذ مني سنة وأنت حر أو هذه السنة لسنة سماها فمرض حتى مضت

السنة؛ فهو حر.

قُلتُ: إنما تدل هذه على وجوب ابتداء مدة الكراء من يوم عقد ومثله لابن رُشْد فجعلا تعيين المدة ملزومًا للزوم بعقد كرائها، وجعل ابن رُشْد الألفاظ الدالة على التعيين أربعة فقط التسمية كشهر كذا، والإشارة كهذا الشهر.

قال: فإن قال: هذا الشهر وهما في أول الهلال لزم بعدده كان تسعًا وعشرين أو ثلاثين، وإن كان في بعض الشهر لزمهما ثلاثون يوما من يوم العقد.

قُلتُ: زاده اللخمي، وقاله ابن عبد الحَكم في نذر صوم شهر يجزئه تسعة وعشرون يومًا، وتقدم قول ابن الماجِشُون في الصوم، وأرى إن تشاحا أن تزاد على تسعة وعشرين يومًا ليلة إن ابتدأ السكنى ليلًا ونهارًا إن ابتدأها نهارًا، ولو ابتدأ بعد مضي يومين من الشهر وكان ناقصًا أن لا يكون له غير ما مضى فقط؛ لأنه كمن ابتدأ من أوله.

ابن رُشْد: وكذا في هذه السنة وهما في أول الشهر لزمهما اثني عشر شهرًا متصلة بالأهلة، ولو كانا في أول شهر غير المحرم، ولا يقع الكراء على باقي السنة إن قال أكري هذه السنة كل شهر بكذا، وقد مضى بعضها إلا ببيان لسماع عيسى ابن القاسم فيمن قال: لله علي صوم هذه السنة، وقد مضى بعضها عليه صوم اثني عشر شهرًا ومثله في سماع كتاب الأيمان بالطلاق، ثم ذكر الخلاف في تلفيق بعض اليوم والغاية، وقد تقدم في فصل العدة استيفاؤه، وعليه الخلاف في الكراء، وجعل اللفظ الثالث التنكير دون إضافة للمنكر.

قال: كقولك أكريك الدار شهرًا أو سنة فيتعينان من يوم العقد كهذا الشهر أو هذه السنة سواء، كما تقدم مما يعد بالأيام والأهلة إلا في وجه واحد فرق في الموازيَّة فيه بينهما.

قال: إن قال أكريك شهرًا بكذا فسكن شهرًا، ودخل في الثاني وخرج قبل تمامه عليه بحساب ما أكري، ولو كان بعينه كان في الثاني كراء المثل، وقيل: إن كان أقل لم ينقص، وإن كان كراء المثل أكثر حلف وأخذه على اختلاف في اليمين؛ لأنها يمين تهمة

والرابع: قوله: أكري لوقت كذا وكذا.

قال: ويسميان الكراء دون تعيين مدته كقوله الشهر بكذا أو كل شهر بكذا أو في كل شهر بكذا أو في لفظ السنة، كذلك فالكراء غير لازم للمكتري الخروج متى شاء، ولو في أثناء الشهر ويؤدي من الكراء بقدر ما سكن، وللمكري إخراجه كذلك إلا أن يشترطا لزومه، وتعجيل الكراء كشرط التزامه.

قال ابن حبيب: وهو قول ابن القاسم، وألزمهما ابن الماجِشُون الكراء في الشهر الأول إذا قال: الشهر بكذا أو في كل شهر بكذا وكذا على قول السنة الأولى في قوله السنة بكذا،أو في كل سنة بكذا، وروى ابن أبي أويس في البيوت التي تكرى شهرًا بشهر إن خرج في شهر لزمه كراؤه، وإنما يكون عليه بحساب ما سكن إن تكارى كل يوم بدرهم، ففي كون كراء الدور مشاهرة مخلًا مطلقًا فيما لم يسكن لزومه في أول شهر فقط، ثالثها لزوم الشهر بسكنى بعضه أولا كان أو غيره لابن القاسم، وابن الماجِشُون ورواية ابن أبي أويس، والثلاثة جارية في كرائها مساقاة.

قُلتُ: ما عزاه لابن الماجِشُون عزاه اللخمي لرواية الأخوين وصوبه بأنهما أوجبا بينهما عقدًا لا خيار فيه، فوجب حمله على أقل المسمى، وما عزاه لابن القاسم هو سماعه عيسى وفرضه في كراء الدور والإبل والغلمان فذكر ابن رُشْد الثلاثة الأقوال، وعبر عن الثالث بقوله يلزمه الشهر الأول وكراء ما بعده من كل شهر بسكنى بعضه وهو محتمل للزوم الشهر الأول وإن لم يسكن منه شيئًا، وفي السماع المذكور قال ابن القاسم: وأنا أرى في قوله أكريك السنة بكذا، وكذا كقول مالك في كل ابن رُشْد هذا صحيح ومعناه: أن السنة لا تتعين عنده بقوله ذلك كما لا تتعين عند مالك بقوله أكريك في السنة بكذا وكذا أو أكريك في كل سنة بكذا وكذا، وإنما لم يتعين في أكريك السنة بكذا وكذا؛ لأن أل لم تدخل لتخصيص السنة من غيرها في لزوم كرائها؛ بل لتخصيصها من غيرها في قدر مالها من الكراء، هذا هو المعنى الذي لا يصح فيه خلاف بوجه.

وحكى ابن سهل أنه رأى في حاشية كتاب بعض شُيُوخه إن قال: أكريك السنة بكذا بنصب السنة لزمت سنة، وإن قالها بالرفع كان كقوله كل سنة بكذا على رواية ابن

القاسم واستحسنه ولا وجه عندي لاستحسانه؛ لأنه بالنصب يحتمل أن يريد أكريك هذه السنة بكذا، وأن يريد أكريك ما سكنت بحساب السنة بكذا، وإذا احتملهما وأحدهما لا يلزم به الكراء وجب أن يحمل على الوجه الذي لا يلزم به الكراء؛ لأن الأصل براءة الذمة من لزوم الكراء فلا يلزم إلا بيقين، وأما إن قال: أكريك السنة بكذا بالرفع فليست بمسألة يتكلم عليها إذ لا إشكال في عدم لزوم السنة بذلك ولم يتكلم ابن القاسم إلا على مسألة النصب، ولما لزم الكراء في أكريك سنة بكذا ولم يلزم في أكريك السنة بكذا للمعنى الذي قلناه.

قال: من أراد أن يغرِب الكراء إذا عرف تنكر وإذا نكر تعرف وفيه نظر؛ لأنه لو قال: أكري السنة كل شهر بكذا لزم كراء السنة لتعريفها، وإنما لزم كراء السنة في أكريك سنة بكذا وإن كانت منكرة؛ لأن الكراء لا يجوز عقده على سنة غير معينة فيحمل أمرهما على أنهما أرادا سنة كاملة من يوم العقد.

قُلتُ: تقرير رده على المعرب أن قوله أكريك السنة كل شهر بكذا لازم، واللفظ معرف فبطل كونه إذا تعرف تنكر؛ لأنه هنا تعرف وتعين ويرد بمنع لزومه من هذا اللفظ؛ لنص ابن القاسم: بعدم لزومه في لفظ السنة معرفًا، ونص سماعه: بعدم لزومه في كل شهر، والمجموع مما لا يلزم به الكراء لا يلزم به، وقوله: وإنما لزم الكراء في أكريك سنة إلى آخره تقريره أن لزوم السنة فيه ليس من ناحية تنكيره؛ بل للمعنى الذي زعمه فتنكيره لغو، ويرد من وجهين الأول لا يلزم من عدم كون التنكير علة في التعيين عدم مساواته له في الثبوت والنفي، وهذا هو مدعي المعرب لا العلية الثاني ما زعمه موجبًا لتعيينه وهو منع عقد الكراء على سنة غير معينة توجب تعيينه، وفي لفظ كراء أو فساد عقده فتأمله.

وفي آخر كتاب المدبر فيها: من أكرى داره أو دابته أو غلامه سنة حسبت من يوم قوله كقوله هذه السنة بعينها ومثله قولها من اكترى دارًا سنة بعد مضي عشرة أيام من الشهر حسب أحد عشرا بالأهلة وشهرا على تمام هذه الأيام في تلاشي يومًا كالعدد.

وقبل هذه قال ابن القاسم: من اكترى دارًا سنة ولم يسم متى يسكن جاز وسكن

أو يسكن غيره متى شاء ما لم يأت من ذلك ضرر على الدار.

الصقلي: يريد: ضررًا في السكنى، ثم ذكر أخذ تعيينها من مسألة كتاب المدبر، ولم يتعرض لكونها خلافًا لظاهر قولها هنا وسكن أو يسكن غيره متى شاء.

وقال اللخمي: إن قال أكريك شهرًا أو سنة جاز ولزمهما وحملا في ابتداء السكنى على الفور، هذا قول مالك وابن القاسم.

وإن تراخى عن السكنى إثر العقد مدة يسيرة سكن جملة المدة المسماة، ولم يحط منها قدر ما مضى بعد العقد إلى وقت العقد، وهو في هذا الوجه بخلاف من عين المدة.

قُلتُ: مفهوم قوله: مدة يسيرة أنها إن كانت غير يسيرة حط قدرها وفيه نظر؛ لأنها إن كانت كالمعينة كما هو ظاهر كلام ابن رُشْد استوى الكثير واليسير في الحط وإلااستوتا في عدمه، ثم قال: وقد يلزم المكري الصبر إلى مدة وإن لم يسمياها في العقد للعادة كالمطمر ليطمر فيه طعامًا كل شهر أو كل سنة بكذا ليس له إخراجه ولا يجبره الآخر على الإخراج إلا أن يتعين سوس الطعام إلى ما العادة أنه يباع في مثله، فإن لم يبع وللآخر إخراجه وهذه عادة المطامير عندنا في الكراء، وإن أراد المكتري الإخراج قبل غلائه لم يكن للآخر للآخر منعه؛ لأن البقاء من حق المكتري ويعفى عن ما في ذلك من غرر في المدة؛ لأنه مما تدعو الضرورة إليه وينظر للعادة في خزن الزيت فيحملان عليها والعادة في خزن الطعام في الصيف أنه يشتري عليه فليس له إخراجه قبل ذلك.

قُلتُ: حاصله قوله: أنه جعل خزن الطعام مؤجلًا بغلائه في حق المكتري على المكري دون العكس والتساوي وواضح كونه أجلًا مجهولًا، وقوله: يعفى عن غرر المدة للضرورة فاسد؛ لأن هذه الضرورة مما شهد الشرع بإلغائها حسبما تقرر في بيع الغرر وأحاديث النهي عنه، وفيها: إن اكتريت بيتًا شهرًا بعشرة دراهم على إن سكنت يومًا منه لزمك الشهر جاز ما لم يشترط عليك إن خرجت فليس لك أن تكري البيت فهذه الإجارة لا خير فيها، ونقلها اللخمي بزيادة: لا خير فيه والكراء لازم.

قال: يريد: والشرط باطل وإن كان على أنه إن خرج رجع من البيت لربه ولا يحط من الكراء شيء فهو فاسد، وعليه قيمة ما سكن وفسخ متى ما أدرك، ونقله عنه أبو

إبراهيم وقبله وفيه نظر؛ لأن ظاهر قوله لا خير فيه أنه فاسد وهو مقتضى أصل المذهب في الشرط المنافي لمقتضى العقد.

وقال الصقلي: قال بعض فقهاء القرويين: ظاهر العقد أنه جائز وأنه بالخيار ما لم يسكن إن سكن لزم كراء الشهر، فإن أراد هذا وليس له أن يكري من غيره فهو كمن باع على أن لا يبيع ولا يهب، فإن أسقطوا الشرط تم الكراء على أحد القولين، وإن شرط أنه إن خرج عاد المسكن لربه وعليه جملة الكراء فهو فاسد واجب فسخه.

قُلتُ: هذا كلام التونسي وهو جار على الأصول، وفيها: من اكترى دارًا سنة فلم يشترط النقد غرم بحساب ما سكن إلا أن يكون كراء الناس على النقد فيقضى به وكذلك في الدواب.

وما تقضي به منفعة المكتري إن تبين بنص أو عرف صح عقده، وإن اختلف ولا مبين فسد فيها لا بأس بكراء حانوت لا يسمي ما يعمل فيه ويعمل فيه وهو حداد أو قصار أو طحان إن لم يكن فيه ضرر على البناء ولا حجة للمكري؛ لأنه أكرى له وقد سمى له المكتري ما يعمل.

قُلتُ: فإن أكرى حانوته لرجل فإذا هو جزار أو قصار فنظرنا فإذا هو لا يضر بالبناء إلا أنه يقذر الحانوت.

قال: له منعه إن كان يقذر جدرانه؛ لأنه ضرر.

قال غيره: إن كانت الأعمال بعضها أضر من بعض وأكثر كراء لم يجز إلا على شيء معروف، وإن لم يختلف فلا بأس به.

قُلتُ: ظاهر قوله؛ لأنه أكرى له وقد سمى المكتري ما يعمل أن الكراء وقع على تسمية العمل ولفظ التهذيب، والصقلي نص: في أنه لم يسمه لفظها لا بأس بكراء حانوت لا يسمي ما يعمل فيه، وله أن يعمل فيه حدادًا أو قصارًا أو طحانًا إن لم يضر بالبناء، وفي الرواحل منها: من اكترى دابة ولم يسم ما يحمل عليها لم يجز إلا من قوم عرف حملهم فذلك لازم على ما عرفوا من الحمل.

قال غيره: لو سمى حمل طعام أو بز أو عطر جاز وحملها قدر حمل مثلها.

قال أبو إبراهيم وغيره من شُيُوخنا: خالف كل منهما قوله في الكتابين، ولم يجب أبو إبراهيم، وأجاب غيره عن ابن القاسم: بأن الحيوان أسرع تأثرًا للتغير من البناء وأجاب بأن السؤال على الغير إنما يلزم إن لو ثبت اتحاده في الكتابين قال: وإثباته متعسر.

قُلتُ: وهذا التزام لتنافي في القولين من حيث ذاتيهما ويجاب بأن قول الغير بالمنع في الحانوت قيده بتفاوت الأعمال، وفي الدابة أشار إلى تقييده بالتقارب بقوله: سمى حمل طعام أو بز أو عطر وأصل المذهب أن متعين ما تنقضي به منفعة المكتري بنص أو عرف جاز عقده كذلك وإلا فسد.

اللخمي: إن لم يسم ما يعمل في الأرض ولا عادة أو كانت مختلفة بها يختلف كراؤه فهو فاسد عند غير ابن القاسم، وإن كانت العادة فيما يعمل فيها مختلفة كان فاسدًا مثل كراء الدابة، ولا يسمى الصنف الذي يحمل عليها أجازه ابن القاسم، ويحمل عليها ما لا يضر بها ومنعه غيره حتى يسمي ذلك الصنف.

وما يعمل في الأرض تختلف مضرته: فيها: الشعير أضر من القمح.

المتيطي: وقولها يزرعها ما شاء إذن من ربها لا كلام له بعد، وإن قال: يزرعها وسكت عن ما يزرعه.

قال محمد: جاز ولا يزرع إلا ما يشبه أن يزرع في مثلها.

قُلتُ: قال ابن فتوح: اختار بعض الموثقين أن يسمى ما يزرع من الحبوب في كل عام من أعوام الوجيبة وبعضهم يسقط ذلك، والأحسن ذكره لإزالة الإشكال بالاختلاف في ذلك.

قال ابن القاسم: لا بأس بكراء الأرض، وإن لم يسم ما يزرع فيها، وله أن يزرع فيها ما شاء من الحبوب إلا ما كان مضرًا بالأرض أكثر من ضرر غيره فيمنع من الضرر، وغيره لا يجيز الكراء حتى يسمي ما يزرع فيها.

قُلتُ: لا أعرف نقله هذا عن ابن القاسم في الأرض وإنما وقع له نحو هذا في الحانوت حسبما تقدم، وفي الدواب: وتأمل نقله ففيه تناف نقل أولا يجوز كراؤها، وإن

لم يسم ما يزرع ثم قال: لا يزرع ما شاء إلا ما ضرره أكثر من غيره والمختلفة بعضها أضر من بعض فيلزم ألا يزرع إلا أقلها ضرر، وهذا مناف لقوله يزرع ما شاء، ومقتضى المذهب عندي أن ينظر فإن كان اختلاف حرثات ما يزرع فيها من الأنواع كاختلاف تلك الأنواع لم يجز على أنه يزرع ما شاء؛ لأنه حينئذ من بيعتين في بيعة وإن لم يكن كاختلافها فيها بل كاختلاف أفراد نوع واحد جاز كشراء ثوب من أثواب يختاره.

وفيها: إن اكتراها لحرث شعير فأراد حرثها قمحًا فإن كان أضر بالأرض منع وله زرع ما ضرره كالشعير فأدنى.

الباجي: إن زرع ما هو أضر من الشعير فلربها كراء الشعير وقيمة زيادة الضرر، وقال الشافعي: كراء المثل، وعزا المتيطي الأول للقاضي.

وقال الصقلي: قال بعض القرويين: انظر لو رضي رب الأرض بذلك هل يجوز إذا كان الأمران مختلفين أو لا يجوز كمن اكترى إلى طريق فأراد أن ينتقل إلى ما يخالفها.

قُلتُ: مقتضى قبول الباجي، وللمتيطي ما قاله القاضي فيمن حرث أضر إن زيادة الأضر على غيره كزيادة الكل على بعضه، ومقتضاه أن اختلاف آحاد حرثات الأنواع المختلفة لغو وأنها متماثلة فيؤيد جواز كراء الأرض على أن يزرع ما شاء، ومقتضى نظر التونسي احتمال ذلك فيكون في كرائها لذلك نظر فتأمله.

ابن شاس: ولو شرط عليه أن لا يزرع فيها إلا صنفا عينه لم يجز.

قال في الموازيَّة: فإن نزل فعليه قيمة الكراء، ولو قال: إن شئت فازرعها وإن شئت فاغريتها جاز.

قُلتُ: كذا نصه ونصها في النوادر عن الموازيَّة: من أكرى أرضًا على أن لا يزرع فيها إلا قرطًا لم يجز، فإن نزل فعليه قيمة الكراء، وقال محمد وذلك عندي جائز.

قُلتُ: عدم ذكر ابن شاس قول محمد مخل بفائدة علمه، وقول محمد هو مقتضى قولها من أكرى بيتًا من رجل، وشرط عليه أن لا يسكن معه أحد فله أن يسكن معه زوجة يتزوجها أو رقيقًا يبتاعها إن لم يضر ذلك برب البيت كغرفة ضعيفة الخشب.

قال اللخمي في ترجمة ما يصح من الكراء من كتاب الرواحل: على قول غير ابن

القاسم: لا يجوز كراء الدور إلا بعد معرفة ما يسكنها من العيال؛ لأنه سوى فيها بينها وبين الطرق في السهولة والشدة، وأرى إن كانت الحانوت في سوق قصره على صنعة أهل السوق حتى يذكر غيرها، وإن لم يكن في سوق معروفة بصناعة وأمكن كراؤها لما يغير حيطانه ويفسده لم يجز حتى يبين لما يكتريه، والديار أحق محمل الناس على الوسط من العيال إن ظهر أن المكتري كثير العيال والغاشية فللمكري متكلم، وقال في أكرية الدور: يستحب تسمية المكتري عياله وما يعمل بالدار، فإن لم يسم جاز ويسكن بما أحب من عيال ما لم يتفاحش ويرى أنه يلوث الدار فيمنع عن ما يضر إن قدر على رفعه وإلا أكراها، ولا يفسخ الكراء وذكر قولها فيمن شرط أن لا يسكن معه أحد، وقال: اختلف في شرط ما لا يفسد هل يوفى به والقياس في هذه التوفية؛ لأنه لخوف دخول ضرر فأشبه شرط أن لا يرعى مع غنمه غيرها، وقد ألزمه ابن القاسم الوفاء به، فإن لم يف به المكتري وأسكن معه غيره قوم كراؤها على أن لا يسكن معه أحد، وعلى من أسكن معه فيكون له المسمى، وفضل ما بين الكراءين.

وفيها: لمن اكترى دارًا إدخاله فيها ما شاء من الدواب والأمتعة ونصب الأرحية والحدادين والقصارين ما لم يضر بها أو تكون دارًا لا ينصب ذلك في مثلها لحسنها، فإن كان ضررًا منع منه وغيره جائز.

قُلتُ: هذا قول مالك، قال: هذا رأيي.

اللخمي: هذا ضرر عند أهل الرباع إلا بالبادية فلا تمنع الماشية، والدابة الواحدة للركوب إن علم أن المكتري ممن يركبها، والعادة أنها تكون في داره لم يمنع وإلا منع، ويمنع من أن يعمل فيها ظروفًا للخل أو اللبن أو الدباغ أو تبيع بها الزيت وشبهه.

وفيها: إن ربط المكتري بباب الدار دابة فرمحت فكسرته أو قتلت ولد رب الدار فذلك جبار، كقول مالك فيمن نزل عن دابته وأوقفها بالطريق لشرائه حاجة أو أوقفها بباب المسجد أو بباب الأمير.

قال أبو حفص: إن كان يعلم أنها تضرب برجلها فهو ضامن كمتخذ الكلب العقور حيث لا يجوز له فيضمن، وإن لم يتقدم إليه إنما يحتاج للتقدم إذا كان في داره فأما

في الطرق فهو ضامن.

وفيها: إن اتخذ مكري الدار فيها تنورًا يجوز له فاحترقت منه الدار وبيوت جيرانه لم يضمن.

اللخمي: يريد: وأوقد على الوجه المعتاد، وإن جهل هل زاد على الوجه المعتاد ففي ضمانه قولان بناء على اعتبار براءة الذمة، واعتبار الغالب بأن ذلك لا يكون إلا عن زيادة على المعتاد أو إهمال في التحفظ قياسًا على الصانع والمرتهن يحترق بيته، وقد اختلف فيهما.

قُلتُ: يرد قياسه بأن الأصل في الصانع الضمان، وفي مكتري الدار عدمه.

وفيها: إن شرط عليه المكري أن لا يوقد بها نارًا فأوقدها فيه لخبزه فاحترقت الدار ضمن.

اللخمي: إن كان وقيده على ما يجوز له لو أذن له رب الدار لم يضمن غير داره، ولم يكن لمن يليه في ذلك مقال؛ لأن التعدي عليه هو من حقه وإن كان على وجه لجاره منعه ضمن.

وقال الصقلي عن بعض القرويين: يضمن دور جيرانه؛ لأنه متعد لمخالفته وما شرط عليه، وإن كان مما يجوز له لولا ما شرط عليه كمن حفر بداره بئرًا للسارق فإنه يضمن ما سقط فيه من سارق وغيره، وإن كان حفره للسارق بداره جائز.

ابن شاس: ولا يشترط في كراء الأرض للبناء تعريف قدره أو وصفه أو ارتفاعه بخلاف كراء جدار لبناء عليه.

قُلتُ: ظاهره لا يشترط في كراء الأرض للبناء معرفة ما يبنى به والصواب تعيينه؛ لأن منه ما لا قيمة له بعد تهدمه فيفتقر في إخراجه من الأرض إلى أجرة، وقد يكون الباني حينئذ عديمًا أو غائبًا.

وفيها: كراء الدواب على وجهين دابة بعينها أو مضمونة، وفي المعونة المركوب المعين لا بد أن يعرف بتعيين بإشارة إليه كهذه الدابة أو الناقة.

قُلتُ: يريد: ليحيط بها المكتري معرفة كالمشتري.

قال: والمضمونة يذكر جنسها ونوعها والذكورية والأنوثة، وتبعه ابن شاس وابن الحاجب واقتصرا عليه، وكذا المتيطي إلا أنه قال: قبل نقله يصف ذلك بأبلغ صفاته فيدخل فيه وجوب ذكر سن الدابة، وفي المعونة لا يحتاج لتعيين الراكب لتقارب الناس عادة ولا لوصفه وتبعه ابن شاس وابن الحاجب وقبله ابن عبد السلام، وظاهر عدم لزوم ذكر كونه رجلًا أو امرأة والأظهر لزوم تعيين أحدهما؛ لأن ركوب النساء أشق وهو ظاهر قولها من اكترى على حمل رجلين أو امرأتين لم يرهما جاز لتساوي الأجسام إلا الخاص، فإن أتاه برجلين فادحين أو امرأتين فادحتين لم يلزمه ابن شاس ويصف المحل بالسعة أو الضيق.

قُلتُ: السعة والضيق مختلفان في مساهما فلا بد من تعين ذلك بالقدر.

قال: ويعرف تفاصيل المعاليق، فإن أطلق في شيء من ذلك وهو معلوم بالعادة صح العقد، ولو اختلف اختلافًا متفاوتًا لم يصح إلا بالتفصيل.

وفيها: إن أكرى محملًا لمكة ولم يذكر وطأه أو زاملة لم يذكر ما يحمل عليها من أرطال جاز وحملا على فعل الناس فيهما؛ لأن الزوامل عرفت عندهم وعليه أن يحمل له المعاليق، وكلما عرفه الناس في الكراء لازم للمكري، ومقتضى المذهب في عدم وجوب تعيين الراكب جواز كراء مكتري دابة لركوبه من غيرها.

اللخمي: لمكتري منافع بيعها كالرقاب إلا ما يتعذر كونه كالأول أو يشك فيه ويخالف ذلك في الدواب والثياب والديار، ففي جوازه في الدواب وكراهته روايتان.

وفيها: من اكترى دابة ليركبها فحمل مثله في الخفة والأمانة لم يضمن، وإن كان أثقل أو غير أمين ضمن فإن ادعى غير المأمون تلفها لم يضمنها إلا بسبب أو يتبين كذبه، وضمنها الأول بتعديه وأكره أن يكري من غيره، وأما في موته فلوارثه حمل مثله وأكثر قول مالك أن له ذلك في الحياة.

اللخمي: إن أكريت لحمل في سفر على مصاحبتها ربها فلا قول له، وإن لم يكن على أن يصحبها أو كان لركوب فإن وافق أن الثاني كالأول فلا قول له وإن خالف نظر الحاكم، فلو سافر دون علمه فلا قول له فيه ماض وغيره على حكم التعدي إن سلمت

أخذه بفضل كراء الثاني على الأول، وإن حدث عيب لركوب الثاني ضمنه فإن ضاعت ضمنها الأول لتعديه في كرائها من غير مأمون فإن كان عديمًا والثاني جاهل كونها في يد الأول بعقد كراء لم يضمن لربها شيئًا؛ لأنه معه كمستحق وإن كان عالمًا ضمن، ولو عيبت بغير سبب للثاني ففي ضمانها الأول خلاف بناء على اعتبار تعديه بخروجها من يده واعتبار كونه لا بسبب منه.

قُلتُ: الأول ظاهر قولها إن أكرى من هو أثقل منه لو من غير مأمون ضمن، فإن أراد بالأثقل الفادح قيد به وإلا ناقض ما تقدم من لزوم أي راكب كان إلا الفادح.

اللخمي: ولو كان الثاني كالأول في الأمانة وأضر في ركوبه فيختلف إن ضاعت أو علم ضياعها هل يكون كمن لم يتعد؛ لأن التعدي ليس من هذا الوجه فصدق الثاني ولا شيء على الأول أو يضمن لتعديه في تسليمها وركوب الثاني، وأرى أن لا ضمان عليه إلا بما يحدث بسبب ما تعدى به وكراء الدار من غيره خفيف.

قُلتُ: إن كانت الدور معروضة للغصب المسمى بالنزول كما كان بتونس قبل اليوم لا أعاده الله لم يكن للمكتري المحترم أن يكريها ممن دونه في الاحترام؛ لأن ربها ينقص من كرائها لتسلم باحترام مكتريها، وفيها: لمكتري الدابة المحمولة أو السفينة والدار كراؤها من مثله في مثل ما اكتراها له، وكذلك الفسطاط له كراؤه من مثله في حاله وأمانته وصنعه فيه، ومن استأجر ثوبًا يلبسه يومًا إلى الليل لم يعطه غيره يلبسه لاختلاف اللبس والأمانة، فإن دفعه لغيره ضمنه إن تلف، ولو بدا له عن السفر بالدابة أو مات أكريت من مثله، وكذا في الحياة والممات.

اللخمي: المنع في الثياب أحسن لاختلاف اللبس واليسير فيه يؤثر والأمر في الخباء والفسطاط أخف.

ابن شاس: وكيفية السير وتفصيله وقدر المنازل ومحل النزول في معمور أو صحراء معتبر بالعرف واستئجارها لحمل بتعيين المحمول إن حضر، ووصفه إن غاب وقدر الكيل والوزن أو العدد فيما لا تتفاوت آحاده بكبر أو صغر، وحيث كون الكراء في الذمة لا يفتقر لوصف الدابة، إلا إن اختلف الغرض في المحمول باختلاف الدابة

كزجاج ونحوه.

قُلتُ: ويجب تعيين انتهاء غاية الركوب إلى موضع كالحمل إليه.

وفيها: من اكترى على حمولة لبلد فليس له صرفها لغيره وإن ساواه في المسافة والصعوبة والسهولة إلا بإذن المكري ولم يجزه غيره وإن رضيا؛ لأنه فسخ دين في دين إلا بعد صحة الإقالة.

اللخمي: اختلف فيمن اكترى دابة لبلد فأحب الذهاب بها لغيره مما لا يضر بها هل يجوز، وإن كره ربها ثم ذكر قولي ابن القاسم وغيره، قال: ويصح الجبر إن تساويا في البعد والسهولة والأمن، والمكتري يمضي بها وحده ويردها أو كان ربها يمضي معها إلا لحاجة في البلد الأول، وإن اختلف الطريقان أو كان ليترك الدابة بمحل الوصول أو لتعاد وخروج ربها معه لأهل له بذلك البلد أو لتجزئه لم يجبر، وإن اكتراها لركوبها بالحضر ففي جواز نقلها لحمل عليها أو لسفر، ثالثها: فيما قل كاليومين لأشهب وابن القاسم وسَحنون، وإن اكتراها لطحن الحنطة جاز أن يطحن غير الحنطة مما لا يضر بها، وإن شرط أن لا يطحن إلا الحنطة جاز؛ لأنه لا يتعذر وجوده ويختلف في طحنه غيرها على شرط ما لا يفيد، وإن شرط أنه لا يطحن إلا هذه الحنطة ففي جوازه قولان.

قُلتُ: هما على القول بلزوم الوفاء بما لا يفيد فيلزم التحجير ولغوه فينتفي، قال: وكذا في كرائها لحمل صنف فأراد غيره.

قُلتُ: وتقدم نحوه في حرث الأرض.

ابن شاس: والسقي يعرف فيه قدر الدلاء والعدد وموضع البئر وبعد الرشاء إلا أن يكون كل ذلك معروفًا عادة، والحرث يعرف فيه القدر بالمدة أو تعيين الأرض وصلابتها ورخوها، وقاله ابن الحاجب وابن شاس والغزالي قبلهما.

ابن شاس: على مكري الدابة تسليم ما العادة تسليمه معها من إكاف وبردعة وحزام وسرج في الفرس وغير ذلك من معتاد؛ لأن العرف كالشرط.

قُلتُ: هذا كالنص في أنه لم يكن بذلك عرف لم يلزمه.

قال: وكذا الحكم في إعانة الراكب في النزول والركوب في المهمات المتكررة، وكذا

رفع الحمل والمحمل.

قُلتُ: وهو ظاهر قول التونسي في قولها: إن اكتريت إبلًا فهرب الجمال وتركها في يدك فأنفقت عليها فلك الرجوع عليه بذلك، وكذا إن أكريت من يرحلها رجعت بكرائه، فقال التونسي: يريد: أن العادة أن المكري يرحلها.

ابن عبد السلام: أشار بعضهم إلى أن البردعة والأحبل وإعانة الجمال في الركوب والنزول ورفع الأحمال وحطها لا يلزم الجمال إلا بعرف، وأشار إلى أن فيها خلاف هذا وهو قولها لا بأس أن تكتري إبلًا من رجل على أن عليك رحلتها فظاهره لولا الشرط كان على رب البعير وهذا الاستدلال ضعيف؛ لأن الشرط قد يكون لرفع النزاع لا لنفي ما علق عليه؛ لأنتفائه والأول هو غالب الشروط عند الموثقين.

قُلتُ: لو لم يكن فيه غير هذا اللفظ أمكن رده بما قال، أما مع قولها الأول في مسألة هروب الجمال المتقدمة فلا يصح رده بكون الشرط قد يكون لرفع النزاع والأولى بمقتضى القواعد أن يلزم المكري البردعة والسرج ونحوهما، لا مؤنة الحط والحمل لسماع عيسى ابن القاسم: من اكترى منازل فيها علو لا سلم له فقال ربها: اجعل لي سلمًا له فتوانى ولم ينتفع به المكتري حتى مضت السنة طرح عنه مناب العلو من الكراء.

ابن رُشْد: لأنه باع منه منافع الدار فعليه أن يسلمها له وإسلامه للعلو هو بجعل السلم له والكراء في هذا بخلاف الشراء.

قُلتُ: فالسلم في العلو كالبردعة والسرج ونحوهما، وفيها: إن انتقضت زاملة الحاج أو نفدت فأراد تمامها وأبى الجمال حملًا على عرف الناس.

قال غيره: فإن لم تكن لهم سنة فلهم حمل الوزن المشترط.

الصقلي عن سَحنون: من اكترى دابة على حمل فيه خمسمائة رطل فأصابه في بعض الطريق مطر فزاد وزنه فامتنع الجمال من حمل الزيادة، وقال ربه: هو المتاع بعينه لم يكن على الجمال حمل الزيادة.

قُلتُ: مقتضى قولها بلزوم حمل ولد المرأة معها حمل زيادة البلل، وظاهر قول

سَحنون سواء كان عرف أم لا ومقتضى قولها في زاملة الحاج اعتبار العرف.

ابن عات عن بعض شُيُوخ الفتوى: من أكري على حمل متاع لموضع بطريقه نهر لإيجاز الأعلى المركب، وقد عرف ذلك كالنيل جواز المتاع على ربه وجواز الدواب على ربها، وإن كان يخاض من المخائض فاعترضه حملان لم يعلموا به فجعل المتاع على رب الدابة وهي جائحة نزلت به، وكذا إن كان النهر شتويًا يحمل بالأمطار إلا أن يعلموا وقت الكراء جريه، وعليه دخلوا فيكون كالنهر الدائر من الاستغناء.

قُلتُ: انظر هذا الأصل مع زيادة وزن حمل الدابة بالمطر، وفيها: إن اكتريت دابة بعينها فليس لربها أن يحمل تحتك متاعًا ولا أن يردف رديفًا وكأنك ملكت ظهرها، وكذا السفينة وإن حمل عليها في متاعك متاعًا بكراء أو غيره فلك كراؤه إلا أن تكون اكتريت منه على حمل أرطال مسماة فالزيادة له.

أشهب: إن أكراه لحمله وحده أو مع متاعه فكراء الزيادة لربها، وقد كان للمكتري منعه منها.

التونسي: إن أكراها لحمل طعام لم يسم قدره ملك كل حمل مثلها منه، فإن زاد ربها فكراء الزيادة للمكتري؛ لأنه قد يخفف عنها لرغبته في سرعة سيرها وإن أكراها لوزن معلوم فلربها زيادة ما لا يضر بحمل المكتري، وكذا في الركوب اتفاقًا فيهما ولو اكترى حملها لحمل قدر معلوم فذكر قولي ابن القاسم وأشهب قال: وفيه لعمري إشكال؛ لأن بقية منفعة الدابة اشترط المكتري تركها لحسن سيرها بقدر حمله وعليه اكتراؤها بالمسمي واشترط المكري تركها تخفيفًا عن دابته وعليه رضى بكرائها بالمسمى في كرائها فلو قيل: برجوع المكتري بقدر ما يرى أنه زاده لذلك من المسمى لأمكن.

قُلتُ: وظاهر كلامه أن قول أشهب خلاف.

وقال الصقلي: قال غير واحد من أصحابنا: قول أشهب وفاق وتقدم فيمن استأجر أجيرًا على رعاية غنم على أن لا يرعى معها غيرها وهو قادر على أن يرعاها مع غيرها فرعى معها غيرها فأجرها لرب الأولى.

قال غيره: وإن لم يدخل بالثانية على الأولى تقصيًا فأجر الثانية للراعي.

قال الصقلي: قول ابن القاسم أحسن فحمل على الخلاف والمكتري ورب الغنم سواء.

اللخمي: إن اكترى حملة الدابة ولم يسم ما يحمل عليها جاز.

قُلتُ: يريد: في القدر لا الصنف.

قال: فإن كان حمل مثلها أربعة قناطير فحمل عليها ثلاثة، وحمل ربها قنطارًا من عنده ولم يعلم مكتريها أو علم ولم يقدر على منعه خير المكتري في فسخ ما ينوب ذلك، أو أخذ كراء المثل فيه، وإن قدر على منعه وتركه كانت إقالة في ذلك القدر، وكذا إن كان القنطار بكذا ولم يكر على أن يحمله على عين هذه الدابة، وإن كان على أن يحمله عليها فحمله ولم يعلم المكتري أو علم ولم يقدر على منعه خير المكتري في ذلك القنطار فيما ذكره في أخذ ما أكراه به، وإن قدر على منعه وتركه فليس له إلا ما أكراه به وإن حمل عليها المكتري أربعة قناطير وزاد الكري نصف قنطار، فإن لم ينقص من سيرها بالأربعة شيئًا ولم يخش أن تقف بحملها فلا مقال للمكتري، وإن أضر بالمكتري ببطء سيرها أو خشي أن تقف بحملها كان لكل منهما مقال المكتري ما كان عليه متاعه من الغرب لو وقفت في قفر فهو كعيب حدث بالمكتري، ومقال المكتري تعب دابته يقسم كراء الزيادة بينهما على قدر شركتهما إن حمل بغير رضاه خير في حط ما ينوبه من المسمى وأخذ قيمة ذلك العيب أو ما أكراه به، فإن كانت قيمة كرائها لحمل أربعة قناطير فقط عشرة وقيمته على زيادة نصف قنطار تسعة حط عشر المسمى إلا أن تكون القيمة أكثر من المسمى فيحاسبه بدينار وإن أحب أخذ منابه من الكراء الثاني قيل: بكم يكري للنصف على دابة عليها أربعة قناطير فإن قيل: ديناران؛ لأن الدابة يخشى عليها فلا يكون إلا بأكثر من غيره كان ما أكرى به بينهما نصفين؛ لأن قيمته ديناران للأول فيه ما قيمته دينار وإن أكرى حملتها ليحمل عليها ثلاثة قناطير وحمل مثلها أربعة فحمل عليها ثلاثة وحمل ربها قنطارًا فالقنطار بينهما، وتقدم ذكر هذا في مسألة رعي الغنم وقول ابن شاس: إذا استأجر ثوبًا للبس نزعه في أوقات نزعه عادة كالليل والقائلة صواب كقولها من استأجر أجيرًا للخدمة استعمله على عرف الناس من خدمة

الليل والنهار.

قُلتُ: فإن اختلف العرف في اللبس لزم بيان وقت نزعه أو دوام لبسه.

ابن شاس: استئجار الخياط لا يوجب عليه الخيط، إلا أن يكون العرف خلافه.

قُلتُ: كقولها في آلة البناء، وعرفنا في الأجير والصانع أن لا خيط عليه، وفي الصانع الخيط عليه.

ابن شاس: والأجرة على الاسترضاع لا توجب الحضانة ولا العكس.

قُلتُ: لعدم استلزام الدلالة على أحدهما الدلالة على الأجر كالخياطة والطرز.

وطرو عيب المكتري وتلفه من ربه دائما؛ لأن منفعته في ضمانه بخلاف شراء المعين بعد عقده أو إمكان قبضه، وفيها: تهدم ما لا يضر مكتري الدار منها كعدمه كتهدم الشرافات وما أنفق فيها المكتري لغو، وما يضره له الخروج لا إصلاحه من كرائها إلا بإذن ربها ولا يلزمه إصلاحها فإن أصلحها قبل خروج المكتري فكعيب ذهب وبعده لا يلزم رجوعه.

اللخمي: وقال غير ابن القاسم: يجبر ربها على إصلاحها، وأرى أن يجبر إن كان الإصلاح يسيرًا أو كثيرًا ويعلم أن ربها لا يدع إصلاحها في تلك المدة أو يعلم أنه لا يستغني عنه في تلك المدة وإلا لم يجبر، وهدم شرافات الدار لا يفسخ الكراء ولا يحط له شيء من الكراء إلا أن يكون زيد في الكراء لأجله، وإن ذهب زوال الحجر من داخلها جمالها حط من كرائها ما لم يصلحها ولم يكن له أن يخرج.

قُلتُ: قوله: (حط من كرائها) جعله التونسي محلَ نظر.

اللخمي: وإن انهدم حائط من داخلها لا منفعة فيه ولا جمال لم يحط شيء، وإن كان على غير ذلك حط، وإن كان من خارجها وانكشفت لأجله.

فإن قلت: نفقته أجبر على إصلاحه وإلا فلا، وللمكتري الخروج إلا أن يتطوع المكري ولا ضرر على المكتري في مدة الإصلاح فلا يخرج، ومحمد عن أَصْبَغ إن خرج ثم أصلح فإن طال البناء لم يجبر على الرجوع والأيام اليسيرة وفوقها قليلًا لا كبير ضرر عليه لزمه الباقي؛ يريد: إن لم يجر بينهما فيها قول بعد خروجه، وإن كان خروجه على

وجه الفسخ لم يلزمه رجوع، وإن كان ليرجع إن أصلح جبر عليه، وإن انهدم بيت من داخلها لم ينكشف من خارجها وهو أقل المكتري حط ما ينوبه، وإن كان الجل فله الخروج.

ابن حبيب: إن طاع المكتري بالإصلاح من ماله جبر ربها على ذلك؛ لأنه في منعه مضار، فإن انقضت الوجيبة أخذه بقيمته منقوضًا إلا أن يكون بإذنه فيأخذه بقيمته قائمًا.

قُلتُ: وللصقلي قال الشَّيخ: يريد في قوله: (لا في قول ابن القاسم وسمع عيسى ابن القاسم: من اكترى دارًا سنة فتهدمت بعد شهرين فبناها بما عليه من كرائها وربها غائب فقدم وطلب كراءها فله مناب ما سكنها) صحيحة من الكراء، وله كراء العرصة فيها بعد الهدم، وليس للمكتري إلا نقص بنائه إلا أن يعطيه قيمته، فإن كان لا منفعة فيه كالجص والتزويق والتراب فلا شيء له.

ابن رُشْد: الآتي على أصولهم إن انهدم ما يذهب أكثر منافعها أو منفعة البيت الذي هو وجهها أو حائط يكشفها، وشبه ذلك خير مكتريها بين سكناها بكل الكراء أو يخرج وليس له سكناها بحطه مناب ما انهدم، ولو رضي به ربها تخرج ذلك على جمع الرجلين سلعتيهما في البيع، فإن بناها ربها قبل خروج المكتري لم يكن له أن يخرج، وإن بناها بعد خروجه لم يلزمه رجوعه لها إلا برضاه، وإن سكت وسكنها مهدومة لزمه كل الكراء هذا الآتي على قول ابن القاسم وروايته فيها، فقوله في هذا السماع: لرب الدار كراء العرصة فيها بعد الهدم خلاف قوله فيها.

الصقلي عن محمد: إن خرج المكتري لهدم ما منعه السكنى لم يصلح رجوعه ولو رضيا بتركه الدابة بالطريق لمرضها ووجوب المحاسبة لا يصلح رجوعه لها إن صحت.

الصقلي: يريد؛ لأن بقية الكراء دين ولو لم يكن نقد للكراء جاز بتراضيهما وعلم ما يخص باقي الكراء، وقال بعض القرويين: إن انهدم ما يبيح خروجه فله المقام بكل الكراء لا بما ينوب ما بقي ولو رضيا؛ لأنه مجهول.

الصقلي: هذا خلاف قول سَحنون وابن حبيب أن له ذلك ووفاق لأصل ابن

القاسم في استحقاق بعض أعيان السلع.

ابن الحاجب: إن كان بالدار وشبهها ما يضر كالهطل لم يجبر المالك وخير المكتري وقيل: يجبر، وقيل: إن كانت لا تصلح للسكنى إلا بإزالته أجبر.

قُلتُ: الثالث لا أعرفه ولم يحكه ابن شاس، ولابن رُشْد ما ينفيه قال في المقدمات: هدم الدار إن قل فإن لم يضر ولم ينقص من الكراء كالشرافات فكعدمه، فإن نقص من الكراء لزمه السكنى وحط قدره من قيمة الكراء إن لم يصلحه رب الدار ولا يلزمه إصلاحه، فإن سكن ساكتًا فلا حط له، وإن أضر بالساكن ولم يبطل من منافع الدار شيئًا كالهطل وشبهه هذا فيه قولان:

قال ابن القاسم: لرب الدار الإصلاح ولا يلزمه، فإن لم يصلح فللمكتري السكنى بكل الكراء أو الخروج، فإن سكن ساكتًا لزمه كل الكراء.

وقال غيره: يلزم رب الدار الإصلاح، فإن سكت لزمه كل الكراء، وإن كثر لم يلزمه إصلاح بإجماع فإن عاب السكنى ونقص من الكراء ولم يبطل من المنفعة شيئًا ككون الدار مبلطة مجصصة فيذهب بتبليطها وتجصيصها خير المكتري في سكناه بكل الكراء وخروجه ما لم يصلح الدار ربها، فإن سكن ساكتًا لزمه كل الكراء على قول ابن القاسم فيها خلاف سماعه عيسى وقيل: حكم هذا الوجه كالبيت ينعدم من دار ذات بيوت وهو بعيد فإن أبطل اليسير من منافع الدار كالبيت ينهدم من دار ذا بيوت لزمه السكنى وحط عنه مناب المنهدم ومناب المنهدم من الكراء، وإن أبطل أكثر منافعها ومنفعة البيت الذي هو وجهها وهو بعيد، وإن أبطل اليسير من صانع الدار كالبيت الذي هو وجهها أو يكشفها بانهدام حائطها وما أشبه ذلك خير المكتري في سكناه بجميع الكراء وخروجه، فإن أراد سكنى ما بقي بمنابه من الكراء لم يكن له ذلك إلا برضى رب الدار، فإن رضيا جرى على جمع الرجلين سلعتين في البيع، وإن بنى المكتري الدار قبل خروجه لزمه الكراء ولا خروج له، وإن بناها بعد خروجه لم يلزمه الرجوع، وإن سكنها مهدومة ساكتا فعلى قولي ابن القاسم فيها وفي سماع عيسى.

قُلتُ: فقول ابن رُشْد لا يلزمه إصلاح بإجماع رد لثالث أقوال ابن الحاجب.

وفي أخذ الثالث من ظاهر نقل اللخمي المتقدم نظر، ونقل ابن رُشْد أحق وأجرى على الأصول.

المتيطي: إن انهدمت الدار أو جلها فله الخروج فإن بناها ربها في بقية المدة لم يلزمه الرجوع.

قيل: لأن هذا البناء المحدث غير ما انعقد عليه الكراء فكان ذلك كعطب دابة معينة في بعض سفره فلا يلزمه غيرها إن أتاه به، ول أَصْبَغ: إن عاد بناء الدار لأيام قلائل لزمه الرجوع فلم يراع البناء وجعله تبعا للقاعة.

قُلتُ: إن قيل: قول أَصْبَغ جار على قولها: من حلف لا دخل هذه الدار فانهدمت حتى صارت طريقًا فمر بها الحالف لم يحنث، فإن بنيت حنث بدخولها.

قُلتُ: ليس كذلك؛ لأن الحنث يقع بالبعض ومضى الكلام عليها في موضعها.

المتيطي عن بعض الموثقين: يراعى على قول أَصْبَغ حفة مؤنة النقلة والعودة، فإن شقت لكثرة عياله وأثقاله لم يلزمه العود.

قال: وإن بنى المكتري من ماله مما ينتفع به بغير إذن رب الدار فعليه عند خروجه قلعه إلا أن يأخذه ربها بغير شيء إن لم يكن له قيمة كالجص والنقش، وإن كانت له قيمة فبقيمته مقلوعًا، وإن بناه بإذنه ففي كونه قيمته كذلك أو قائمًا.

قولا ابن القاسم والأخوين مع روايتها، وفيها: لا بأس بكراء الحمامات، وفي العتبيَّة: والله ما دخول الحمام بصواب.

قُلتُ: لأن المكتري متعد في فعله ما ينفي صواب دخوله ومكريه بريء منه، ولابن عات في مختصر الثمانية: قال عبد الملك: يمنع السلطان النساء الحمامات أشد منع ويؤدبهن على ذلك، ويؤدب رب الحمام وحتى لا تدخل امرأة إنما الحمام للرجال بشرط السترة، وقاله أَصْبَغ.

قُلتُ: وأخبرنا شيخنا ابن عبد السلام: أن من له النظر الشرعي كان أمر الحمامين باتخاذ أزر للنساء كما هو اليوم للرجال فصار النساء يتضاربن بالأزر على وجه اللعب فعادت المصلحة زيادة في المفسدة، ولا يشك منصف اليوم في حرمته للفساد ولا في أن

عدم قطعه لمن له عليه قدرة ترك تغيير منكر مجمع عليه، وفيها: من اكترى حمامين أو حانوتين فانهدم الوجه منها رد الجميع، وإن انهدم ما ليس وجههما لزمه الباقي بحصته.

الصقلي في ترجمة ما ينهدم قال ابن حبيب: قليل تهدم الحمام ككثيره في منعه التحميم لا ينفسخ به الكراء إن قال لربه: أبنيه وأمكنه في مثل الأيام والشهر والوجيبة سنة، وكذا تهدم بيت الرفا أو حرق سدها أو كسر بعض أداتها وهما أوسع من الدار التي يسكنها المرء بعياله، ولو فسخ الكراء فيهما بشيء من ذلك ما تم فيهما كراء فمتى دعى ربها للإصلاح لزم المكتري الوجيبة ما لم يطل حتى يذهب أكثر الوجيبة فيفسخ في هذا، ولا يفسخ لقلة الماء أو كثرته ومتى زال مانع ذلك في بقية الوجيبة لزم كراء بقية المدة كقول مالك في الأجير يمرض ثم يفيق، والقول فيما تعطل من الحمام والرحا قول المكتري مع يمينه؛ لأنه كالمرتهن.

قُلتُ: ظاهر نقله أن الحمام كالرحا في اعتلالهما.

وقال المتيطي: الرحا في ذلك أشد من الحمام والدار؛ لأنها كثيرة الاعتلال.

ابن فتوح: إن تعطلت الرحا لهدم بيتها أو تعذر بعض آلتها لم يجبر ربها على إصلاح ذلك، وانفسخت القبالة وليس للمتقبل التمسك بها كما له ذلك في الماء إن نقص؛ لأن البناء الذي نزلت عليه القبالة ذهب فإن بنى رب الرحا في بقية المدة لم يلزم المتقبل الرجوع بخلاف الماء متى رجع من نقصه أو نقص عن زيادته لزم المتقبل الرجوع للرحا؛ لأن الماء لم يكن بعينه وليس لمتقبل الرحا بناء السد بقبالة عام واحد كمكتري أرض ذات بئر تهدم بعد زراعته.

ابن عات: في المجالس إن تخربت الرحا بسيل تحمل جميعها فأراد المتقبل بناءها من ماله لتتم قبالته، وأبى ربها إلا الفسخ فله ذلك، وحكم له بفتيا أهل الشورى بطليطلة، وقال المشاور: للمتقبل ذلك ويغرم كل القبالة وله قيمة بنائه مقلوعًا حين خروجه.

قُلتُ: الأول جار على قول الأكثر إن بنى الدار بها بعد تهدمها وخروج المكتري لم يلزمه الرجوع، وقول المشاور جار على قول أَصْبَغ برجوعه، وهو الجاري على قول عبد الحق لو تهدمت الدار وبقيت قاعة، فقال المكتري: أؤدي جميع الكراء وأقيم بها

ليس لربها منعه.

ابن فتوح: قال ابن حبيب: ما أحدث أهل الأندلس في كراء الأرحاء أن يقول للمكري إنما أكريك البيت وقناة الرحا لا ساقية ولا مطاحن ولا آلة لها هو احتيال لما لا يجوز شرطه اعتروا به أن لا يكون على المكري شيء من تعطيل الرحا باعتلال ما يعتل من ذلك، وقد عرفنا أن الرحا كانت يوم عقد الكراء طاحنة بجميع آلتها فإن وقع كذا فسخ وكان فيما مضى كراء المثل على حال ما أخذها طاحنة تامة الآلة، وإنما يجوز على هذا الوجه لو كانت يومئذ عطلًا من جميع ذلك.

زاد المتيطي عن فضل: أن أبا زيد عبد الرحمن ابن إبراهيم صاحب الثمانية كان يكري أكريته بقرطبة على الوجه الذي ذكر ابن حبيب: أنه لا يجوز.

وما تلف بسبب عيب دلسه المكري ضمنه:

فيها: من اكترى دابة أو ثوراً للطحن فربطه في المطحنة فكسرها أو أفسد آلتها لم يضمن ذلك مكريها إلا أن يغر وهو يعلم ذلك منها كقول مالك من أكرى دابته وهو عالم أنها عثور من رجل ولم يعلمه ذلك فعثرت فانكسر ما عليها فهو ضامن، ولو أكراها ممن يحمل عليها دهنًا من مصر إلى فلسطين فحمله على دابة عثور فعثرت فانكسر الدهن بالعريش ضمنه بالعريش، وقال غيره: بمصر.

الصقلي: إلا أن يعرف كيله.

عياض: أو وزنه أبو حفص إنما ضمنه بالعريش؛ لأن قيمته به أكثر منها بمصر ولو كانت به أقل كان له تضمينه بمصر.

الصقلي: عن ابن حبيب: إن ضمنه بالعريش فعليه من الكراء بحسابه إليه.

قُلتُ: وأخذ بعضهم من مسألة كراء الثور التضمين بالغرور بالقول؛ لأن عقد الكراء إنما هو باللفظ، يرد بأن إيجابه لزوم العقد يصيره كالفعل.

وفي نوازل الشعبي: قال محمد بن عبد الملك الخولاني: من باع خابية دلس فيها بكسر وعلم أن المشتري يجعل فيها زيتًا فجعله المشتري فيها فانهرق من كسرها لا ضمان عليه كما لو دلس في بيع عبد بسرقته فسرق من المشتري شيئًا لم يضمنه بائعه ولو

أكراه الخابية، كذلك ضمن الزيت لغروره.

قُلتُ: قوله: في كراء الخابية يقوم من مسألة كسر الثور المطحنة بربطه المكتري.

وفيها: إن مرض العبد المستأجر مرضًا بينًا أو أبق أو هرب إلى بلد الحرب فسخت إجارته، فإن رجع وأفاق في بقية المدة لزم تمامها.

قال غيره: إلا أن يكون فسخ ذلك، وقال في باب آخر: بعد هذا إلا أن يتفاسخا.

وسمع عيسى ابن القاسم: من واجر أجيرًا مدة معينة شهرًا أو يومًا لعمل خياطة أو بناء أو غيره فراغ عنه حتى جاز الأجل انفسخت الإجارة فيما بطل، وإن عمل شيئًا فبحسابه، وإنما يلزمه عمله بعد ذلك في مثل قوله: اعجن لي هذا اليوم ويبة أو اطحن لي في هذا الشهر في كل يوم ويبة، هذا يلزمه العمل بعد ذلك إذ ليس بواقع على وقت؛ بل على عمل مسمى كقوله للسقاء اسكب لي في هذا الشهر ثلاثين قلة فيروغ فيه، فذلك باق عليه.

قُلتُ: ما تعقبها الشَّيخ ولا الصقلي.

وقال ابن رُشْد: قوله: (تنفسخ الإجارة في الأيام التي راغ فيها، ويرد من الإجارة منابها) صحيح لا خلاف فيه.

قُلتُ: بهذا أجبت في الفتيا في نازلة تكثر في أجر الحرث والرعاة لأشهر معينة يروغ الأجير في بعضها فيأتي بعد انقضاء المدة بطلب مناب ما عمله في المدة في الأجر أن له ذلك بالتقويم، وما بلغني عن فتوى بعض من سئل عنها لا أجر له فيما عمل خلاف قول ابن رُشْد: لا خلاف فيه فتأمله ابن رُشْد، وقوله: إنما يلزمه عمله بعد ذلك في مثل قوله: إلى آخر المسألة خلاف مشهور المذهب أنه لا يجوز مدتان في مدة؛ لأن اليوم أو الشهر أو السنة التي سمى مدة وما شرط طحنه في ذلك الأجل من عدد الويبات أو يسكبه من عدد القلال مدة.

قُلتُ: في تعقب ابن رُشْد نظر يتضح بتقرير قاعدة هي ما كان يمضي لنا من الفرق بين اعتبار الأخص لقصد تحصيل أعمه لا لقصد تحصيل عينه وبين اعتباره لقصد تحصيل عينه يبينه قولها في الرواحل.

قال ابن القاسم: إن أكرى دابة بعينها إلى بلد ليركبها في غده فأخلفه الكري فليس له إلا ركوبه، وإن أكراها أيامًا معينة انتقض الكراء فيما غاب منها كالعبد المستأجر شهرًا بعينه يمرض فيه أو يأبق تنفسخ إجارته فيه.

قُلتُ: فقوله في المسألة الأولى: ليركبها في غده هي من اعتبار الأخص لقصد تحصيل أعمه، وحكم هذا إن نوت فقوله الأخص لا يبطل العقد؛ لأن المقصود الأعم وهو باق فلم يبطل العقد لبقاء متعلقه بالقصد، وهو مطلق الركوب إلى البلد الأعم من كونه في غد يوم عقده أو بعده وقوله في المسألة الثانية أكراها أيامًا معينة إلى آخره من اعتبار الأخص لقصد عينه وحكم هذا انفساخ عقده بفوت الأخص حسبما ذكره فيها؛ لأنه بفوت الأخص لا يبقى للعقد متعلق ضرورة انحصار القصد في الأخص، وقد فات فإذا تقرر هذا فقول ابن القاسم: في الأولى من سماع عيسى هو من اعتبار الأخص لعينه، كقوله في الثانية من مسألتي الرواحل: فانفسخ العقد فيهما بفوته، والثانية من السماع من اعتباره لتحصيل أعمه كقوله في الأولى من مسألتي الرواحل: لم ينفسخ العقد فيهما؛ لأن الأخص فيهما معتبر لقصد تحصيل أعمه ونحو هذا مذكور في السلم إذا أخر المسلم إليه قضاء السلم عن وقته المقصود به عرفًا، وفي الكراء للحج وما ذكره ابن رُشْد من أن المشهور منع مدتين في مدة إنما هو فيما اعتبر فيه الزمان الأخص لعينه لا فيما اعتبر فيه لأعمه، ولذا والله أعلم لم يتعقبه الشَّيخ ولا الصقلي.

وحفي الرحا يوجب نقشها:

ابن العطار: وهو على من هو عليه عرفًا، فإن عدم العرف فعلى ربها.

ابن حبيب وابن أبي زَمَنَيْن: عرفنا على المكتري.

قُلتُ: هو بناء على أن وقته معروف عادة وإلا امتنع كمنعها شرط تطيين البيوت كلما احتاجت.

المتيطي: أنكر ابن الهندي منع بعضهم كراء منصب الرحا فارغة من آلتها على أن يجعلها المكتري مستدلًا بإجازة المانع كراءه على أن يبني فيه رحى يبقيها أعوامًا.

قال: وهذا أعظم من كراء المنصب.

قُلتُ: قد يفرق المانع بأن معنى صورة المنع عنده أن مقصود المكتري بكرائه مجرد منفعة الماء، وفيها: ما ظاهره منع ذلك في التجارة لأرض الحرث منها من بنى في أرضك على نهر لك رحى فلك عليه كراء الأرض، فأما الماء فلا كراء له وفي الجعل والإجارة منها لا بأس أن تواجر حافتي نهرك ممن يبني عليهما بيتًا أو ينصب رحا فما منعه هو مقتضى الأولى وما أجازه هو نص الثانية، فقال الصقليفي مسألة كتاب التجارة: يريد: على انفراده وتقوم الأرض كم يسوى كراؤها على أن فيها هذا الماء حسبما كانت عليه، قاله الشَّيخ.

الصقلي: لأنه لو كان ماؤك يجري في أرضه لأرض لك تحت أرضه لكان له أن ينصب عليه رحى في أرضه إن لم يضر بك فبان أن الماء ليس له كراء في مثل هذا.

المتيطي: وشرط نقد كراء الرحى في العقد جائز في المأمون جري مائها وثبوت سدها فاسد في غيرها.

في أحكام ابن سهل: عقد ابن دحون قبالة رحى على نهر قرطبة لمدة عينها على أن تطوع المتقبل بنقد الكراء آخر العقد، وعلم أن الرحا يتعذر طحنها في الشتاء، وإنما يستقيم بالصيف فأراد استغلالها بالشتاء، وطلبه عند صاحب السوق أبي علي بن ذكوان فشاور في ذلك فأفتى القرشي بأن القبالة لا تجوز؛ لأن الرحى غير مأمونة، وأفتى ابن حرج بصحتها وأنها مأمونة وله استغلالها في الشتاء، وقال ابن عتاب: ذكر طوعه بالكراء في آخر العقد يوجب كونه فيه فخرج عن كونه طوعًا إلى كونه شرطًا في العقد، فإن أثبت القائم أنها غير مأمونة فسخت.

ابن سهل: هذه أجوبة مختلفة ليس لها تفسير.

قُلتُ: الأظهر الجواب الأول؛ لأن قوله: يتعذر طحنها في الشتاء؛ نص في نقصه مع إبهام قدره، وهذا غرر فقد دخلا على عدم الأمن فلا تفتقر لإثباته فتأمله، وفيها: لمن اكترى أرضًا ثلاث سنين فزرعها، ثم غارت عينها أو انهدم بئرها، وأبى ربها إصلاحها أن ينفق عليها حصة تلك السنة فقط من الكراء، وما زاد عليه فهو به متطوع.

الصقلي: عن محمد إن كان قبضه ربها غرمه فإن كان عديمًا فللمكتري إنفاق قدره

ويتبعه به، وإن كان ذلك في السنة الثانية فله إنفاق حصتها، ولا ينفق عليها شيئًا من حصته الأولى، فإن كان ذلك قبل أن يزرعها، فقال أشهب: لا شيء على ربها وللمكتري الفسخ، فإن أنفق من عنده فلرب الأرض كراؤه كاملًا ولا شيء للمكتري فيما أنفق إلا في نقض قائم من حجر ونحوه ويعطيه قيمته منقوضًا أو يأمره بقلعه.

قُلتُ: يجري الحكم بأن له ذلك، ولو كره رب الأرض أو يأمره على ما تقدم في ذهاب الرحا بسيل، وفي قيمة النقض على ما تقدم في بناء المكتري بإذن رب الدار أو بغير إذنه.

اللخمي: هلاك الزرع إن كان لقحط المطر أو لتعذر ماء البئر أو العين أو لكثرة تشوع ماء المطر أو لدود أو فأر سقط كراء أرضه كان هلاكه في الإبان أو بعده، وإن هلك لطير أو جراد أو جليد أو برد أو جيش أو؛ لأن الزريعة لم تنبت لزم الكراء هلك في الإبان أو بعده، وإن غرقت الأرض في وقت لو انكشف أعاد زراعتها سقط الكراء وإلا فلا؛ لأن مقام الماء عليها في الإبان كغاصب حال بين المكتري وبين منافع الأرض، وبعد الإبان كغاصب أفسد الزرع، وإن كان يقدر على إعادة بعضها أو زال سقط مناب ما كان يقدر على حرثه، وأرى إن غرقت بعد الإبان ثم ذهب عن قرب بعدما أفسد الزرع، ثم لم تمطر بقية السنة وعلم أنه لو لم يفسد لم يتم سقط كراؤها، واختلف إن أذهبه السيل، فروى محمد عليه الكراء، وقال يزيد: إن أذهبه بعد الإبان وأرى إن أذهب السيل وجه الأرض قبل الإبان أو بعده أن لا كراء عليه؛ لأن منفعة الأرض في وجهها وهو المكترى وهو المقصود.

قُلتُ: قوله: اختلف يدل على قولين ولا ثاني لما ذكر إلا اختياره.

نقل ابن رُشْد: اختياره قولا.

قال: واختلف إن نبت في أرض من جره إليها، ففيها: هو للثاني ولابن سَحنون عنه: إن جره قبل نباته وبعده لزارعه، وقال: أيضًا للثاني وعليه للأول قيمته مقلوعًا وقيل: للأول مطلقًا وعليه كراء الأرض وهو أحسن؛ لأنه ملكه نبت في أرض غيره بشبهة، وفيها: إن انتثر للمكتري في حصاده حب في الأرض فنبت قابلًا فهو لرب

الأرض كزرع جره سيل لأرض غير زارعه.

اللخمي: هذه بخلاف الأولى؛ لأن هذا هو الشأن أن ينتثر منه، ويذهب عنه أنه لا حق له فيه ولو لم يحصده وأتى عليه برد بعد تمامه فانتثر، ونبت قابلًا كان على الخلاف المتقدم هل يكون للأول أو للثاني.

قُلتُ: مسألة جر السيل الزرع في سماع عيسى ابن القاسم في كتاب السداد والأنهار من تفتقت أرض جنانه عن عرق من أصل شجرة جنان جاره، فإن كان لربها فيه منفعة إن قلعه لغرسه فله قلعه، وإن لم يكن له فيه نفع ولا عليه فيه مضرة فهو لرب الأرض إلا أن يكون قد بلغ بحيث يكون له ثمن كخشبة أو حطب فيكون له على رب الأرض ثمنه مقلوعًا.

عيسى: إلا أن يكون بقاءه بحاله يضر الشجرة التي هو منها فلا يكون له ذلك إلا برضى ربها.

ابن رُشْد: قول عيسى: تفسير، ولابن القاسم في المجموعة: إلا أن يشاء الذي ظهرت في أرضه قطع بحروقها المتصلة بشجر الأول حتى لا يضرها، ويعطيه قيمتها مقلوعة فذلك له، وهو تفسير لقول عيسى، ومن حقه قطع عروقها المتصلة بشجر الأول بها، وإن أضر بالشجرة التي هي منها؛ لأن له قطع ما ظهر في أرضه من عروق شجر غيره كما له قطع ما دخل في هواه من أغصان شجر غيره.

قُلتُ: فإن قيل: كون الثابت بأرض الجار لرب الشجرة، خلاف قولها الحب لمن جره السيل لأرضه بجامع ملك المحل فيهما فرق بأن الثابت من الشجرة متصل بها فهو كغصن منها مسألة البذر هي سماع عيسى ابن القاسم قال: الزرع لرب الأرض؛ لأن سنته قد انقضت لقول مالك في حمل السيل بذر أرض رجل إلى أرض غيره فصار بها زرعًا فهو له دون الأول.

ابن رُشْد: قول ابن القاسم: فيمن انتثر زرعه كقوله فيها، وقياسه على قول مالك صحيح؛ لأن البذر مستهلك في المسألتين لا يقدر ربه على أخذه من أرض صاحب الأرض مثل ما في المَدَوَّنة سواء؛ لأن معنى قوله فيها: حمل السيل زرعه إلى أرض رجل

آخر فنبت فيه أنه حمل بذره إلى أرض رجل آخر فنبت فيه؛ إذ لا ينبت الزرع إنما ينبت البذر، ودليل هذا السماع أيضًا لنصه: على أن السيل إنما ذهب بالبذر لا الزرع ولو ذهب بالزرع بعد ظهوره ففي كونه لرب الأرض وعليه قيمته مقلوعًا إن كانت له قيمة أو لربه وعليه كراء الأرض ما لم يجاوز الزرع فيكون له تركه لرب الأرض ثالثها، إن لم تكن فيه منفعة فهو لمن جره السيل إليه، وإن كانت له قيمة فهو لربه وعليه كراء الأرض لروايته عن سَحنون، ولابنه عنه في كتاب المزارعة مع قوله في كتاب ابنه، ولا يكون كالمخطئ والمخطئ كعامد ولا يكون أسوأ حالًا من المكتري للأرض مدة تتم وله فيها زرع أخضر علم حين زرعه أنه لا يطيب في المدة.

قال مالك: له زرعه وعليه كراء زيادة المدة، ولابن وضاح عن سَحنون: وقيل: إن جره السيل وهو بذر، وهو لربه وعليه كراء الأرض وهو بعيد، وفيها: من اكترى أرضًا سنة فحصدت زرعه قبل تمام السنة فالسنة في أرض المطر الحصاد، وذات السقي التي تكري على المشهور أو السنين فللمكتري العمل لتمام السنة، فإن تمت وله فيها زرع أخضر وبقل فليس لرب الأرض قلعه، وعليه تركه لتمامه، وله فيما بقي كراء مثلها على حساب ما أكراها منه.

قال غيره: إن بقي من السنة بعد حصاده ما لا يتم فيه زرع فلا ينبغي أن يزرع، فإن فعل فعليه في زيادة المدة الأكثر من الكراء الأول أو كراء المثل.

عياض: قيل قوله: له كراء مثله على حساب ما أكرى تناقض، وطرح سَحنون في رواية يحيى قوله: على حساب ما أكرى، واختصرها الشَّيخ وغيره: لا على حساب ما أكرى، وكذا وقعت في سماع أبي زيد في زيادة مدة كراء الدار له كراء المثل لا بحساب الكراء الأول.

وفي المدَوَّنة من كراء الرواحل: في التعدي في المسافة له كراء مثلها لاعلى الأول.

وفي اختصار ابن أ بي زَمَنَيْن: له في كراء أرضه على حساب ما أكرى منه، والقولان فيها وفي نظائرها معروفًا، وفي سماع عيسى القولان، وقال ابن لبابة: لفظها إشارة إلى القولين معا.

قال: ويحتمل أن السامع ظنهما قولاً واحدًا ولم يحصل فوضعهما بهذا اللفظ، وما في العتبيَّة يدل أن جواب الكتاب جمع فيه القولين، ولم يفصل بينهما فالتبس الجواب وصحح بعضهم لفظ الكتاب بأن ينظر لقيمة الزيادة من قيمة كراء السنة فيعطيه على حسابه مما أكرى به لدخولهما على الانتفاع بالأرض، وعلما أن بعض البطون تتقدم وتتأخر لطرو العاهات.

قُلتُ: هو قول الصقلي قال: ومعناه أن تقوم الزيادة إن قيل: قيمتها دينار وقيمة كراء السنة خمسة دنانير كان عليه في الزيادة مثل خمس كراء السنة.

اللخمي: فيما بقي من زرع بعد مدة الوجيبة ثلاثة ابن القاسم تترك لتمامه ولرب الأرض كراء المثل، وفي رواية كراء المثل بحساب ما أكرى وقال غيره: إن بقي من المدة ما لا يتم فيه الزرع فلا يزرع، فإن تعدى وزرع فعليه في الزائد الأكثر من كراء المثل، أو بحساب ما أكراه ابن حبيب: إن زرع عالمًا أنه لا يتم في بقية مدته فهو متعد لرب الأرض حرثها وإفساده وإقداره بالأكثر من المسمى أو كراء المثل، وإن زرع ظانًا تمامه لتمام أمد الوجيبة فجاز بالأيام، والمشهور لزوم إقراره بمثل الوجيبة، وقول ابن القاسم أحسن؛ لأن الشهر الباقي داخل في الكراء من حق المكتري إذا كان لا يتم فيه البطن أن يحط ما ينوبه من المسمى إلا أن يتراضيا أن يكريا ذلك البطن، ويقسما الكراء على ما لكل منهما فيجوز بعد معرفة ما ينوب كل واحد منهما قبل العقد، فإن بادر لزراعته لم يحكم عليه بحكم التعدي؛ لأن له فيه شركًا وهو الشهر الأول وعليه في الثاني كراء المثل لعدم إقراره بالرضى فيه بالمسمى، ويختلف إن رضي فيه بالمسمى هل يلزمه ذلك؟ أو يرد فيه لأجر المثل؛ لأنه حين التزامه لم يعلم ما ينوبه من جملة السنة فهو كجمع الرجلين سلعتيهما في البيع.

الصقلي: عن ابن حبيب: إن بقي من المدة شهران وما لا ينتفع فيه بالزرع وهي أرض زرع فليس للمكتري أن يحرث فيها زرعًا إلا باكتراء مؤتنف، ولا يحط عنه شيء ولربها حرثها ولو كره المكتري؛ لأنه مضار في منعه فإن زرعها المكتري علم انقضاء الوجيبة فذكر مثل ما تقدم.

قال: وإن كانت من أرض البقل فله الانتفاع لتمام الوجيبة، فإن انقضت ولم يبلغ بقله فذكر مثل ما تقدم في الزرع.

ابن الحاجب: إن زرع أضر مما له فللمالك قلعه، أو أخذ ما بين القيمتين مع الكراء الأول.

قُلتُ: تقدم القول فيه في فصل ما تقتضي به منفعة المكتري ونقل الباجي والمتيطي فيه ابن عبد السلام قوله له قلعه هذا إن عثر عليه قبل طيبه ولو كان بعده لم يكن له قلعه.

قُلتُ: قوله: قبل طيبه نص، أو ظاهر في أنه إن كان بعد الإبان، وقبل طيبه أنه قلعه ولا أعرفه، وحال المكتري في حرثه الأرض كبعض أقسام مسألة: من حرث أرض غيره وحاصل تحصيلها في المقدمات في بيان قولي ابن القاسم وغيره فيها: إن قام ربها في الإبان، وأقر الحارث بالعداء فلربها أمره بقلعه إن كان ينتفع به، ولا يجوز له أخذه بقيمته مقلوعًا؛ لأنه بيع له قبل بدو صلاحه، وأجازه التونسي لدخوله في ضمانه بالعقد؛ لأنه في أرضه فلا غرر.

قُلتُ: هو خلاف نصها: إن انقضت السنون ولمكتري الأرض بها زرع لم يبد صلاحه لم يجز لرب الأرض شراؤه.

ابن رُشْد: وإن لم يكن ينتفع به فلربها أخذه مجانًا، وإن ادعى حرثها بعلمه لا باكتراء فإن حلف ربها ما علم بحرثه فكما مر، وإن نكل يحلف الحارث وبقي له زرعه ولزمه كراء المثل، وإن ادعى حرثها باكتراء منه فإن حلف ربها على نفيه فكما مر فإن نكل حلف الحارث، ولو كان ما أقر به من الكراء أكثر من كراء المثل ليثبت بحلفه بقاء زرعه، وفي حلفه مطلقًا أو ما لم يدع ما لا يشبه قولان للمشهور، وقولها فيحلف قال: وقعت المال بضاعة ونكل حلف مدعي قبضه قراضًا إن كان مثله يقارض.

قُلتُ: هما بناء على ترجيح تمكين المدعي بنكوله عموم قبول حلفه على تكذيبه العرف في دعواه، وعكسه كبينة بتكذيبه.

ابن رُشْد: وإن ادعى كراءها وحرثها بعلم حلف ربها على نفيها، وخير في أخذه بها

أقر به من الكراء أو أخذ أرضه إن كان فيه منتفع، وفي جواز أخذه بقيمته ما تقدم للتونسي والمشهور، وإن لم يكن فيه منفعة وجب لرب الأرض ولم يجز تركه للمكتري بما أقر به ولا بكراء المثل؛ لأنه بيع له بما يأخذه من الكراء وإن نكل حلف الحالف وقبل قوله، وإن لم يشبه على ما مر فإن نكل أخذ رب الأرض أرضه، ولو قال: احلف ما علمت حرثه لا على ما أكريت منه لم يكن لحلفه معنى، إلا أن ينكل الحارث عن اليمين فإن نكل قيل لرب الأرض: احلف ما علمت بحرثه إياها وخذها واقلع الزرع إن شئت، وإن قال رب الأرض احلف ما أكريت إلا على ما علمت بحرثه إياها لم يمكن من حلفه على ذلك عند ابن القاسم؛ لأنه إن نكل عن حلفه ما علمت بحرثه إياها وجب أن يحلف الحارث لقد علم بحرثه وإذا حلف عليه كان كقيام بينة بذلك أو إقرار به، وكلما ثبت أحدهما كان شبهة توجب قبول قول الحارث أنه اكتراها بكذا إن أشبه ذلك كراء المثل فيحلف الحارث إن نكل رب الأرض عن الحلف ما علم بحرثه على علمه به وعلى اكترائه إياها منه بكذا إن أشبه ما ادعى كراؤها، وإن لم يشبه لم يصدق في ذلك وحلف ربها ما أكراها منه واستحق كراء مثلها ولم يكن له قلع زرعه إن حلف الحالف أنه حرثها بعلمه، فإن نكل فيه كان لرب الأرض أخذها وقلع الزرع، وإن قامت للحارث بينة بحرثه الأرض بعلم ربها فالقول قوله مع يمينه في الكراء إن أشبه وإلا حلف ربها واستحق كراء المثل، فإن نكل فالقول قول الحارث وإن لم يشبه وإن كان ما أقر به الحارث من الكراء ككراء المثل فأكثر فلا يمين عليه، هذا قول ابن القاسم في المدَوَّنة وتسويته فيها بين قيام البينة للحارث على علم رب الأرض بحرثه أو نكوله في قبول قول الحارث بيمينه في الكراء إن أشبه إنما يريد: إن نكل عن اليمين ما حرثها بعلمه ومعرفته أما لو نكل عن الحلف على أنه لم يكرها منه فالقول قول الحارث ولو لم يشبه اتفاقًا بينهم إلا ما تقدم من مسألة القراض، وغير ابن القاسم في المدَوَّنة لم ير حرثه الأرض بعلمه شبهة توجب قبول قوله في الكراء وجعل القول قول رب الأرض مع يمينه أنه ما أكراها، فإذا حلف استحق كراء المثل وإن كان ما أقر به المكتري أكثر من كراء المثل فلا يمين على واحد منهما، وسواء على قول الغير علم أو لم يعلم لا يحلف على

مذهبه ما علم بحرثه، إنما يحلف ما أكراها منه ويستحق كراء المثل فإن نكل حلف الحارث، ولو أتى بما لا يشبه ولو قام بعد الإبان فإن صدقه ما أكرى منه فله كراء المثل دون حلف ادعى حرثه بعلمه أم لا، وإن ادعى أنه أكراها منه لا أنه حرثها بعلمه حلف ربها وأغرمه كراء مثله، فإن نكل حلف الحارث على ما ادعى من الكراء، وإن ادعى الأمرين حلف ربها على نفيهما معا وأخذ كراء المثل، وإن نكل عنهما أو عن أنه لم يكن منه حلف الحارث على ما ادعى من الكراء ولو كان ما أقر به أكثر من كراء المثل فلا يمين على واحد منهما، فإن نكل ربها عن الحلف ما حرثه بعلمه حلف الحارث على قول ابن القاسم: لقد حرثتها بعلمه واكتريتها بكذا إن أشبه ذلك وإلا حلف رب الأرض ما أكراها منه وأخذ كراء المثل، وعلى قول غيره: يحلف رب الأرض ما أكراها منه ويأخذ كراء المثل.

اللخمي: إن حرثها بعلم ربها فلا يحكم فيه بحكم التعدي اتفاقًا فإن ادعى الكراء بقدر كراء المثل أخذ به دون يمين، وإن ادعاه بأقل ففي قبول قوله: إن أشبه بيمينه أو قول ربها فيأخذه بكراء المثل.

قولا ابن القاسم وغيره: وإن حرثها بغير علمه ففي كون اختلافهما شبهة تنفي حكم التعدي أو لا.

قولان لغير ابن القاسم: وله قائلًا: والقول قول ربها إن حلف وهو في الإبان ولا منفعة في الزرع فله أخذه مجانًا، وإن كان فيه منفعة فلربه قلعه ولربها أمره به وفي جواز أخذه بقيمته مقلوعًا قولان والأول أحسن، لا يدخله النهي عن بيع الزرع قبل بدو صلاحه؛ لأنه في بيعه على البقاء مزيد في الثمن لمكان البقاء مع جهل سلامته وهذا يأخذه بقيمته مقلوعًا لم يزد للبقاء شيئًا، وإن أحب إقراره بالكراء قبل أن يكون في قلعه منفعة دخله بيع الزرع قبل بدو صلاحه على البقاء؛ لأنه صار لرب الأرض إلا أن يقصد إثبات التعدي، ويرى رأيه هل يأخذه بالتعدي أو يمضيه له ويطلبه بالكراء فيجري على القولين فيمن خير بين شيئين، وإن كان في قلعه منفعة فأقره لربه بكراء جاز على منع أخذه بقيمته مقلوعًا ويختلف على إجازته، فإن قدر أنه لم يختر الأخذ جاز وإن

قدر أنه لما ملك أخذه كأنه أخذه ثم انتقل لتسليمه لم يجز، والأول أحسن وعلى قول غير ابن القاسم: إنما مقاله في الكراء حسبما تقدم، وفيها: إن جاء مكتري الأرض لزرعها من الماء ما كفى بعضه وهلك بعضه فإن حصد ما له بال وله فيه نفع فعليه من الكراء بقدره ولا شيء عليه إن حصد ما لا بال له ولا نفع له فيه.

اللخمي: لمحمد عن ابن القاسم إن سلم مثل الخمسة فدادين والستة من المائة وشبهها فلا كراء عليه؛ يريد: إن كان ذلك مفرقًا في الفدادين؛ لأنه كالهالك وكثير من الناس لا يتكلف جمع مثله ولو سلمت الخمسة على المعتاد من سلامتها لزم كراؤها، ولو قحط المطر عن بعض الأرض قبل الزراعة لزمه ما سلم إلا أن يقل فيكون له رده، وذكر الصقلي ما في الموازيَّة ولم يقيده، وقال: ولعله قدر زريعته فكأنه لم ينتفع بشيء.

ابن العطار: إن وجد مثل البذر فلا كراء عليه.

ثم قال: ولو وجد أكثر منه بقدر نفقة حرثه فلا كراء عليه والأول أبين؛ ومعنى قولها جاءه ما كفى بعضه يشبه أن يكون ماء البئر يلحق ما بقي من مائها بعض الفدادين دون باقيها زاد، وأما المطر فكأنه لا يصح هذا فيه.

قال: ولو أتى الجراد في إبان الحرث وعلم الناس إن زرعوا أكله الجراد فامتنعوا فلا شيء عليهم في المدة التي تركوا فيها الزراعة خوف الجراد.

قال: ومن اكترى أرضًا تزرع بطونًا فلما زرع أكل زرعه الجراد وكثر حتى خاف فلم يزرع ثم لما خف زرع فأكل الجراد ما زرعه أيضًا.

قال: إنما عليه من الكراء بقدر ما أقام الزرع الأول فلا شيء عليه في باقي المدة؛ لأنه جاء ما منعه الزرع.

ابن فتوح: إن رفع من الأرض في قحط المطر ما لا بال له سقط عنه الكراء، وإن رفع ما له بال لزمه الكراء بحسابه، وتفسيره أن ينظر إلى ما يقوم من تلك الأرض على التوسط والتوسط حمل السنين بعضها على بعض، فإن قبل يقوم للحبة ست حبات على التوسط فما رفع من الست حبات لزمه ذلك، وإن رفع الحبات الست لزمه كل الكراء، وإن رفع الحبة حبتين لزمه ثلث الكراء.

وزاد المتيطي: وقال غيره: إن رفع ما بذر دون زيادة لم يلزمه شيء.

قال بعض الموثقين: لو قال قائل لا يلزمه في الحبتين شيء كان صوابًا؛ لأن في تكلفة الحرث والزراعة والحصد والدرس أكثر من ذلك.

وانتفاء مدة كراء الأرض لغرس شجر أو بناء وهو بها مقتضى قولها، ونص اللخمي وغيره: لربها أمره بقلعها وأخذها بقيمتها مقلوعًا، وهو نص منفعتها في اكترائها لغرس شجر.

زاد ابن شاس: بعد طرح أجر الإخلاء إن كان المستأجر يحتاج للاستئجار عليه.

قُلتُ: انظر في العارية تمامه.

عبد الحق عن غير واحد من القرويين: إن كان بالشجر حين انقضاء مدة الكراء ثمر غير مأبور لم يجبر رب الأرض على بقاء الغرس وله أمره بقلعه، وإن كان مأبورًا جبر على بقائه بقيمة كرائه لفساد الثمن بقلعه، وفيها: إن انقضت المدة وفيها شجر فلمكتريها إكراؤها، ولو كان مكتريها اكتراها لغيره فانقضت المدة وفيها شجر فلمكتريها أولا اكتراؤها، فإن أرضاه الغارس وإلا قلع غرسه.

قال غيره: لا ينبغي ذلك حتى يتعامل الغارس وربها على ما لا يجوز إلا أن يكريك أرضه على أن يقلع عنك الشجر.

التونسي: إن علل قول الغير بأن تمكن المكري من أخذ الشجر بقيمته عاجلًا مع ثبوته له عند انقضاء مدة الكراء الثاني منضمًا لتمكن المكتري الأول من أخذه بقيمته يوجب تهمة رب الأرض على أنه إنما أكراها منه ليسلفه قيمة الشجر على أن يدفعها لربها حتى ينقضي أمد كراء الثاني لزم مثله في إكرائها ممن له الشجر بها والسلف هنا تأخير اقتضاء قيمتها، فإن قيل: إنما أخذ الشجر بقيمتها لرب الأرض لا للمكتري منه فائدة جهل المكتري قدر الأرض إن أخذ ربها الشجر كان المكتري منها ما سوى محل الشجر، وإن لم يأخذها كان بيعها قبل لو كانت العلة هذه كان المنع متفقًا عليه، فإن قيل رب الأرض: أسقط حقه في الشجر فلا قول للمكتري الأول في أخذه قيل: لا ضرر على الغارس في ذلك، والمكتري حل محل رب الأرض، وهو نص ابن القاسم

بمراضاته، فابن القاسم ألغى التهمة على السلف لبقاء الغرس على ملك غارسه، وإنما يؤخذ ربها حين انقضاء المدة الثانية بقيمته يومئذ.

قُلتُ: مال قول تعقب قول الغير ببطلان لازم عليه المنحصر تعليله فيها وزعمه الانحصار فيما ذكر يرد بجواز تعليله بأنه كراء مشتمل على بيع محض في مالي فوجب منعه، كبيع الشفعة وبيع مبتاع سلعة بخيار من مبتاع آخر على أن له الخيار فيها على بائعه الأول؛ لأن المكتري أجيرًا يدفع الكراء على أمرين انتفاعه بالأرض المدة المعلومة وتمكنه من أخذ الشجر بقيمته كما كان ذلك لرب الأرض، وهذا لا يجوز لكنه تبع، فابن القاسم ألغاه لتبعيته والغير اعتبره؛ لأنه مما يقصد، وعلل اللخمي قول الغير بما زعم التونسي أنه يوجب الاتفاق على المنع، ثم قال: وحمل ابن القاسم الكراء على كل الأرض، وأنه أسقط حقه في الغرس، ويختلف إن أسقط حقه في الغرس وأراد المكتري الثاني أخذه بقيمته مقلوعًا هل له ذلك وبيانه في الشفعة، وفيها: لو صالح المكتري رب الأرض حين انقضاء المدة على بقاء الغرس عشر سنين بنصف الشجر لم يجز؛ لأنه أكراها بنصفها يقبضها لعشر سنين، وقد لا تسلم ولو قبله له الآن جاز.

قال غيره: لا يجوز؛ لأنه فسخ دين في دين.

التونسي: قول الغير هنا أبين؛ لأنه أخذ نصف الشجر فوجب عليه فيه بمن أعطى عنه بقاء نصف الأرض بيد المكتري، وقرره اللخمي: بأنه بني على أن من خير بين شيئين يعد منتقلًا.

قال: وأرى أن يوكل لأمانته ويعلم أنه متى اختار أخذها بالقيمة لم يجز أن يدفع عن ذلك منافع ويجوز على قول أشهب، وعلى القول بفساده يفسخ البيع في المبيع إن كان معينًا ما لم يتغير فيمضي بالقيمة يوم العقد الثاني؛ لأنه مقبوض في أرضه، ولو قال: على أن له نصفه من الآن شائعًا ولا قسم حتى تنقضي الإجارة فتغير لذلك لم يكن فوتًا؛ لأنه غير ممكن منه، وقيل: هو فوت والنصف الآخر باق على ملك ربه، وفيها لو تمت المدة وفي الأرض لمكتريها زرع لم يبد صلاحه لم تجز لرب الأرض شراؤه.

قُلتُ: تقدم قول التونسي ونقل اللخمي.

وفيها: وإنما يجوز بيع زرع أخضر بشرطه مع الأرض في منفعته، وكذا الأصول بثمرها تقدم حكم الثمر في البيوع.

اللخمي: في جواز شراء الزرع بعد شراء الأرض، ثالثها إن قرب ولم يعزها قال: والمنع أصوب ولو وهب الأرض لم يجز لمن وهبت له شراء زرعها، ولو اشترى رب الأرض زرعها ولم يعثر عليه حتى تغير بنماء أو عامة لكان من زارعه، وإن كان سقيه على مشتريه، وكذا قال ابن القاسم: جائحة العرية من المعري، وإن كان سقيها على رب النخل، وفيها: إن عطبت الدابة بزيادة مكتريها على ما شرط ما تهلك بمثله فلربها أخذه بكراء الزيادة مع ما بلغ مع الكراء الأول أو قيمة الدابة يوم التعدي ولا كراء له.

الصقلي: يريد: إن زاد بعد سير بعض الطريق فله منابه من الكراء الأول مع قيمة الدابة يوم التعدي، وفيها: إن زاد ما لا تعطب في مثله فله كراء الزيادة مع الكراء الأول.

الصقلي: بخلاف تجاوزه المسافة؛ لأنها تعد كلها فيضمن في قليلها وكثيرها والزيادة في الحمل مختلطة بالمأذون فيه وصفة كراء الزيادة في الحمل إن وجبت هو قيمة كراء الزيادة على الدابة على حال ما تعدى عليها، وقال بعض أصحابنا: يكون له الكراء الأول وفضل الضرر كمن اكتري لحمل شيء فحمل أضر منه فإنه يكون له فضل الضرر.

الصقلي: ليس كذلك؛ لأن من زاد في الحمل حمل ما أذن له فيه، وزاد: وإن حمل غير ما أكراها له كمن ركبها في غير الطريق التي أذن له فيها وكل محتمل؛ لأن الذي أردف حمل أكثر مما اكتراها له فكان كمن حمل رصاصًا مكان بز فيكون له فضل الضرر إن كان كراء المسمى حمله عشرة وكراء ما حمله خمسة عشر فله المسمى وزيادة خمسة.

قال بعض القرويين: الأشبه إن عطبت فيما لا يعطب في مثله أن يضمن؛ لأنه سيرها على غير ما أذن له فيه فأشبه الزيادة في المسافة وما ذكرنا من الفرق يرده.

وفيها: وأما زيادة الحاج في الزاملة ما تعطب في مثله، فقال مالك: ليس الحاج كغيره عرفت له زيادات من السفر والأطعمة لا ينظر فيها المكري، ولا يعرف ما حمل

لا ضمان في ذلك إن كان المكري رآه.

وحمله الصقلي: يريد: ولو لم يره الجمال لضمن؛ لأنه زاد ما تعطب في مثله.

اللخمي: أجاب مالك إن كان هو الذي حمله ولم يجب إن لم يحمله وهو مشكل يصح أن يضمن بزيادته وأن لا يضمن؛ لأن الكري فرط بعدم اختباره.

وقوله: في هلاكها بزيادة ما لا تعطب بمثله؛ يريد: إن حملها بالبلد لم يخرج عنه ولو هلكت في حال حملها، وإن شك هل هلكت بالزيادة وهلكت حال حملها أو بقرب زواله ضمن على قول ابن مسلمة بخلاف العبد؛ لأنه يشكو ما نزل به فسكوته دليل السلامة والدابة ينزل بها ما يهلكها فلا يعلم حتى تهلك.

وقد قيل: لا ضمان عليه وأرى أن يغرم نصف قيمتها -كذا وجدته في نسختين إحداهما عتيقة مصححة، وفي بعض النسخ قيل: بدل فقال-: وإن علم أن هلاكها بالتعدي وحمل الحادي عشر على العشرة ففضه في كل نقلة فلربها أن يغرمه قيمتها أول نقلة ولا كراء له أو يأخذ المسمى وكراء الزيادة ولا قيمة له، ولو قيل: له قيمتها من الوقت الذي خشي فيه عليها من التمادي وله فيما تقدم من النقلات ما ينوبه من المسمى وكراء الزيادة لكان وجها.

قُلتُ: هذا هو الأظهر لا الأول وتشبه مسألة العريش.

وفيها: وكذلك الرديف فيما ذكرنا.

اللخمي: إن سلمت فلربها المسمى وكراء المثل في الرديف، وإن حدث بها عيب يسير فالمسمى، وفي الرديف الأكثر من كراء المثل أو قيمة العيب إن لم يعب ركوبها.

قُلتُ: لم يجب عن مفهوم إن لم يعب ركوبها، وجوابه: إن اختار قيمة الركوب أن تكون قيمته على أنها معيبة من حين حدوث عيبها، وإن اختار قيمة العيب سقط منابه من المسمى.

قال: وإن كان العيب كثيرًا خير في أخذ قيمة الرقبة ولا شيء له من الكراء أو المسمى والأكثر من كراء الرديف وقيمة العيب، وكذا إن هلكت إذا عيبت عن تمادي الثقل، وإن كان عثارًا عرض لشدة الثقل في آخر يوم فله المسمى وكراء المثل للأيام

الفارطة وقيمتها لآخر يوم، فإن وجبت القيمة والمكتري عديم والرديف موسر فإن علم أنها بيده باكتراء، وإن ارتد أنه يخشى عليها منه ضمن قيمتها، وإن جهل أنها باكتراء غرم نصف قيمتها؛ لأن هلاكها منهما، ويختلف إن كان الغالب السلامة فهلكت بركوبهما هل يضمن؛ لأن هلاكها من باب الخطأ كمن اشترى عبدًا فقتله خطأ ثم استحق اختلف في ضمانه، والجواب في زيادة الحمل كالرديف في سلامتها وعيبها، وفيها: إن زاد المكتري على غايته ميلًا ونحوه فعطبت فلربها كراؤها الأول، وخير في قيمة كراء الزائد وقيمة الدابة يوم التعدي، ولو ردها بحالها بعد ميل أو أميال أو حبسها يوما ونحوه لم يضمن إلا كراء زيادة الأمد.

الصقلي: عن محمد قيل: أنه ضامن ولو زاد خطوة، وروى ابن القاسم: يضمن بزيادة الميل ونحوه لا فيما يعدل الناس إليه في الرحلة.

قُلتُ: قوله: (قيل: منهم وسمع عيسى ابن القاسم: إن زاد في حملها ما تعطب به ضمنها كمن اكترى دابة لموضع ثم تعدى بها لغيره) ضمنها ولو خطوة واحدة.

ابن رُشْد: هذا كقولها إن تعدى الزيادة لا يضمن به إلا أن يكون مما يعطب بها ويضمن في زيادة المسافة، ولو قلت: لأنه صرف عداء لم يأذن فيه.

وفي زيادة الحمل مأذون له في تسييرها وسوى التونسي بينهما؛ لأنه لم يأذن له في تسييرها على غير الصفة المأذون له فيجب أن يضمنها إذا سيرها على غير ما أذن له فيه.

قُلتُ: ظاهره أنه رد زيادة الحمل إلى الزيادة في المسافة، وللتونسي في كتاب العضب: ينبغي أن لا يضمن في المسافة إلا أن يكون مما يعطب في مثلها كقولها في العبد الرهن: إن أعاره لمن استعمله لا يضمن إلا أن يكون عملًا يعطب في مثله، وقال سَحنون: ولو زاد على ما أذن له من المسافة فهلكت الدابة بعد رجوعها لها ففي ضمانه ثالثها إن كثرت الزيادة.

الصقلي: في كتاب العضب وعن سَحنون قائلًا: كمن رد ما تلف من وديعة، ثم هلكت وكمكتر زاد ما تعطب به ثم أزاله ثم هلكت وابن حبيب عن ابن الماجِشُون و أَصْبَغ.

الصقلي: هذا أحسنها، وفيها: إن حمل على الدابة أضر مما شرط ضمن، ولربها إن شاء كراء الفضل أو قيمة الدابة، وكذا إن طحن ما هو أضر.

اللخمي: في القيمة طريقان إحداهما فضل قيمة كراء الأضر على قيمة كراء ما أكريت له مع المسمى الثانية قيمة كراء الزائد من الأضر على قدر ما تكرى لحمله منه بقيمة كراء ما اكتريت له على أنها محمله بهذا القدر.

قال الصقلي: صفة كراء الفضل فذكر الأول قال: وقال بعض شُيُوخنا: له قيمة كراء الثاني ما بلغ ويسقط الأول وليس شيء، إذ قد تكون قيمة كراء الأضر أقل من الكراء الأول لتغابن فيه وأظنه رأى.

قول محمد فيمن أكرى الدابة في أيام معينة واستعملها في غير ما اكتراها له بغير إذن ربها أو وقفها حتى ذهب الوقت: قال ابن القاسم: عليه في وقفها المسمى وفي استعمالها في غير ما أكريت له وقيمة ذلك أكثر من قيمة ما اكتراها به فالفضل لرب الدابة، وإن كان أقل لم يكن له غيره.

قال محمد: تفسيره سقوط الكراء الأول ويكون له قيمة الثاني كان أكثر أو أقل ولم يعجبني بل له الأكثر منهما.

الصقلي: معنى قول ابن القاسم إن كان أقل لم يكن له غيره؛ يريد: غير الكراء الأول؛ لأنه يقول لو أوقفها كان له الكراء الأول فكيف إن استعملها، ومقتضى الأصول أن له في الأضر الفضل مع الكراء الأول، وفيما هو أخف المسمى؛ لأنه إن رضي به ولا فرق بين يوم معين وغيره، وفرق محمد بينهما، وقال في غير المعين: عليه فيما حمل كراء المثل، ويلزمه حمل ما شرط بالمسمى وإن كره رب الدابة؛ لأن حمله غير ما أذن له فيه تعديًا لا يفسخ الكراء الأول، وليس له أن يغرمه كراء فضل الضرر بخلاف المعين، وهو خلاف المدَوَّنة، وله عندي أن يأخذ منه كراء فضل الضرر أو يغرمه قيمة ما حمل، ويحمل الأول بالمسمى خير في ذلك رب الدابة، ودليلنا أنه لو زاد على قدر ما شرط لوجب عليه كراء الزيادة في المعين وغيره فكذا في الأضر؛ لأنه فيه كأنه حمل ما أذن له فيه وزيادة عليه؛ لأن له حمل غير ما أذن له فيه مساويًا له في الضرر، ورب الدابة

يقول إنما أكريتها لحمل مرة واحدة وتحميلها ثانية يضرها، والظالم أحق أن يحمل عليه، وقال ابن ميسر: إن كانت أيام كرائها معينة فقبضها، ولم يستعملها أو استعملها فيما هو أخف فعليه المسمى كاملًا، وإن استعملها في أكثر انفسخ الكراء الأول بمضي الأيام المعينة وعليه كراء المثل فيما استعملها فيه.

الصقلي: يريد: ما لم يكن أقل من المسمى.

قُلتُ: هذا مثل قول محمد لا مثل قول الصقلي، وتقدم نحو هذا في زراعة ما هو أضر بالأرض، وسمع أبو زيد ابن القاسم من اكترى بعيرًا لحمل قدر فحمل عليه أكثر منه فقدم به، وقد عجف ثم علم بعداه بعد نحره فلربه كراء ما زاد أو ما بين القيمتين؛ يريد: ما بين قيمته يوم العداء أو يوم قدم به أعجف.

ابن رُشْد: قول بعض الشُيُوخ: في الموضع الذي تعدى فيه غير صحيح، لا يصح أن يكون تعدى، ولا في موضع العداء إذ قد تكون قيمته يومئذ مثل قيمته يوم قدم به أعجف، فيذهب عداه باطلًا والواجب أن يكون عليه ما بين قيمته يوم قدم به غير أعجف على حاله يوم العداء ويوم قدم به أعجف.

[باب ما يوجب فسخ الإجارة]

وفيها: مع غيرها فسخ الإجارة بموت المستأجر معينًا أو تلفه(1)، وفيها: وبذهاب مبتاع الدابة بعد إجارتها بها وتهدم الدار، وغرق الأرض كالتلف وله فيما مضى بحسابه

(1) قال الرَّصاع: قوله: (فيها مع غيرها فوت المستأجر معينا أو تلفه) فيدخل في ذلك هلاك الدابة المعينة بعد إجارتها وتهدم الدار وغرق الأرض؛ لأنه من التلف وعمم الإجارة هنا في الكراء والرواحل وغير ذلك، وذكر الشَّيخ عن ابن شاس: مما تنفسخ به الإجارة بمنع استيفاء المنفعة شرعًا كسكون ألم السن المستأجر على قلعها، وكذلك إن استؤجر على القصاص من رجل ووقع العفو.
قال الشَّيخ:: وظاهره قبول قول المستأجر في ذهاب ألمه والأظهر أنه لا يصدق إلا أن يقوم على ذلك دليل، وفي يمينه مع ذلك نظر والأظهر أنها كأيمان التهم.
قُلتُ: وربما ينظر في ذلك مع ما وقع فيها إذا قال لها: إن كنت تحبيني فأنت طالق، انظرها مع هذه والله الموفق بمنه.

فيها من اكترى أرضًا ثلاث سنين فزرعها سنة، ثم تهور بئرها أو انقطعت عينها قوم العام الأول على قدر نفاقه وليس كراء الأرض في الصيف والشتاء واحدًا وكذا بحسب كراء الدور في الهدم لا على عدد الشهور، وقد تكرى السنة لأشهر منها كدور مصر أو بمكة لكثرة عمارتها في الموسم.

ابن شاس: وتنفسخ بمنع استيفاء المنفعة شرعا كسكون ألم السن المستأجر على قلعها، أو عفي عن القصاص المستأجر على استيفائه.

قُلتُ: هذا إن كان العفو من غير المستأجر وانظر هل يقبل قول المستأجر في ذهاب ألمه والأظهر أنه لا يصدق إلا أن يقوم على ذلك دليل، وفي يمينه مع ذلك نظر والأظهر أنها كأيمان التهم، وسمع أبو زيد ابن القاسم: من استأجر من يبني له دارًا بالريف بموضع معروف على صفة معروفة فذهب البناء إلى الريف فوجد البقعة استحقت فرجع فله إجارته ذاهبًا لا راجعًا.

ابن رُشْد: وكذا من استأجر أجيرًا أيامًا على عمل معين بغير موضع الإجارة له أجرته في ذهابه لا في انصرافه، قاله ابن حبيب عن ابن الماجِشُون وعن أَصْبَغ، لا شيء له إلا من حين بلوغه موضع العمل.

قال فضل: لو انصرف لمحاسبة بينه وبين المستأجر كانت له الأجرة في منصرفه هذا إن لم يكن في ذلك عرف ولو كان وجب الحكم به.

قُلتُ: فاتفقوا على فسخ الإجارة على البناء باستحقاق العرصة؛ ومعناه: إن لم يكن ربها عالمًا بموجب استحقاقها كالغاصب أو المشتري منه عالمًا غصبه كما تقدم في جعل الدلاء له إذا ردت السلعة بعيب والبائع مدلس، وزاد في الطرر على ما سمعه أبو زيد قال: وفي المجالس إن قاطعه على بنائها لم يكن له شيء في ذهابه ولا رجوعه؛ لأن ذلك فيما يلزمه من العمل قليل من الاستغناء.

قُلتُ: في نوازل الشعبي عن ابن لبابة: له الأجرة من يوم خروجه، وقال أبو صالح: بل من حين شروعه، وقاله مُطَرِّف بن عمر، وعن الباجي: لو استؤجر على حصد زرع معين فهلك، ففي الموازيَّة عن أشهب: تنفسخ الإجارة، وقال ابن

القاسم لا تنفسخ.

قُلتُ: هذا خلاف سماعه سَحنون إن تعذر حرث الأجير بكسر المحراث أو موت الدابة لم يسقط أجره سقط وبنزول المطر تسقط.

ابن رُشْد: لقدرته على إعداد محراث آخر ودابة أخرى وعجزه عن حبس المطر.

وفي الطرر قال سَحنون في وثائقه: إن منع أجير البناء أو الحصد أو عمل ما مطر لم يكن له إلا بحساب ما عمل من النهار ولغيره له كل الأجر؛ لأن المنع لم يكن منه.

قُلتُ: ولا يدخل هذا الخلاف في نوازل وفتيا في بلدنا تونس؛ لأن العرف تقرر عندهم بفسخ الإجارة بكثرة المطر ونزول الخوف.

ابن شاس: تنفسخ الإجارة بموت الصبي المرضع أو المتعلم لا بهلاك الثوب المستأجر على خياطته على ظاهر المذهب.

قال القاضي أبو محمد: ظاهر مذهب أصحابنا أن محل استيفاء المنافع لا يتعين ولا ينفسخ العقد بتلفه بخلاف العين المستأجرة وتقدم لابن رُشْد انفساخها في أربع مسائل: الصبي المستأجر على رضاعه أو على تعليمه، والدابة المستأجر على رياضتها، والاستئجار على نزو أكوام معلومة تعق الدابة قبل تمامها، وتقدم من هذا في فصل الرضاع.

وتخريج ابن عبد السلام: في اقتضاء يسير المنفعة دون جلها لموت الدابة ونحوها معينة بقيمته لا بمنابه من المسمى من القول به في استحقاق أكثر الثياب، وفوت أقلها عند المبتاع مضيه يرد بأن الاستحقاق يوجب لغو عقد البيع؛ لصدوره من غير أهله في نفس الأمر فأوجب لغو اعتبار موجبه وهو الثمن فلزم اعتبار القيمة في الفائت، وموت الدابة ونحوها لا يوجب لغو عقد الكراء فلزم اعتبار موجبه وهو المسمى، فإن قيل: إن عنيت بلغو العقد في الباطن كونه لو علم البائع ملك المستحق كان بيعه غير تام؛ لأنه بيع ملك الغير.

قيل: لهذا لو علم مكري الدابة موتها قبل تمام المسافة؛ لأنه بيع معجوز عن تسليمه قيل المتعذر في الاستحقاق ممكن عادة وتعذر الدابة مستحيل عادة ولا يلزم من اعتبار

الممكن اعتبار المستحيل، وإن سلم هذا فرق بأن إيجاب العقد نفوذه في عوضيه في موت الدابة أقوى من إيجابه ذلك في الاستحقاق؛ لأن مانع نفوذه في تمام العوض في مسألة الدابة أمر سماوي وهو في الاستحقاق أمر كسبي، ولا يلزم من لغوه فيه بترك موجبه وهو الثمن فيما سلم عن الاستحقاق لإمضائه بقيمته دون ثمنه مثل ذلك في موت الدابة وإلا كان للوصف الأشد تأثيرًا كالأضعف، ودليل أن إيجاب العقد تعدده في عوضيه في مسألة الدابة أقوى منه في الاستحقاق لما ذكرناه اتفاق المذهب على لزوم العقد فيما سلم عن الجائحة، وإن قل وعدمه في الاستحقاق إن قل بأسلم عنه وقولنا وهو في الاستحقاق أمر كسبي أحسن من قولنا أمر اختياري؛ لأنه ينتقض بكون الاستحقاق بحديه؛ لأنها آيلة لأمر كسبي لا اختياري.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: من عثر بجرة استحملها فانكسرت وهو قوي على حملها لا ضمان عليه ولا أجر له، وإن لم يكن معه ربها فهو مصدق أنه عثر بها وإن كان كسرها غير معروف فله الأجرة إذا ضمن.

ابن رُشْد: هذا مثل قول ابن القاسم فيها وروايته أن: ما تلف من قبل حامله ولم يغر به فلا ضمان ولا كراء؛ لأنه على البلاغ، وقيل: إذا سقط ضمانه لزم رب المحمول الإتيان بمثله بحمله وله كراؤه.

قال غيره فيها: وهو أشهب وقيل: له بحساب ما بلغ ولا يلزم رب المحمول أن يأتي بمثله وهو الآتي على قول ابن نافع فيها: في السفن إذا ظهر الكسر صدق في العثار، وإن لم يظهر وكان غير معروف فقوله له الأجر إذا ضمن؛ معناه: لا يصدق فيما ادعاه من العثار والتلف ويضمن مثله في أقصى الغاية وتكون له أجرته كاملة هذا في الطعام والمتاع القول قوله في تلفه: وإن لم يعلم ذلك إلا بقوله: وابن الماجِشُون لا يصدقه في أنه عثر به وإن ظهر كسره.

وسمع ابن القاسم: من اكترى دابة لطلب حاجة بموضع سماه على إن وجد حاجته دونه رجع وغرم بحساب ما بلغ من الكراء فلا بأس به ما لم ينقد، ولو قال: إن وجدت حاجتي بموضع كذا فلك كذا، وإن لم أجدها بمكان كذا فلك كذا، وذلك

يختلف كراهته.

ابن رُشْد: قوله: أولا لا بأس به إن لم ينقد هو على قوله بلغو اعتبار الأطماع كقوله في رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم من الدور والأرضين في اكتراء الدار سنة على أنه: إن خرج قبلها حاسبه بما سكن، وكقوله بعد هذا في رسم الشجرة: ورسم باع غلامًا، ومثل قول ابن القاسم: وروايته فيها في إجارة الرجل شهرًا على أن يبيع له ثوبًا على أن المستأجر متى شاء ترك أنه جائز إن لم ينقد؛ لأنها إجارة بخيار، وسَحنون لا يجيز هذه المسألة على ما قاله في رسم الشجرة بعد ذا ولا مسألة المدَوَّنة بخلاف مكتري الدار سنة على أنه متى شاء خرج هذا جائز عنده، وعند الجميع إن لم ينقد، وإنما لم يجز سَحنون هذه المسألة ولا مسألة الموضوع؛ لأنه رآه مجهلة في الكراء والإجارة وقال فضل في مسألة المدَوَّنة: إنما منعها سَحنون؛ لأنه خيار إلى أمد بعيد وليس كما قال: لأنه إنما هو بالخيار في الجميع الآن وكلما مضى من الشهر شيء كان بالخيار فيما بقي فليس كالسلعة التي يشتريها على أنه بالخيار فيها الأمد الطويل؛ لأنه يحتاج إلى توقيفها؛ لأنقضاء أمد الخيار فلذلك لا يجوز وليس ذلك في الإجارة والكراء إلا أن يكتري الدابة على أن يركبها بعد شهر أو يستأجر الأجير على أن يخدمه بعد شهر على أنه بالخيار في الإجارة والكراء إلى انقضاء الشهر وإنما لم يجزه سَحنون؛ لأنه غرر؛ لأنفساخ الإجارة فيما بقي من الشهر ببيع الثوب ولانفساخ الكراء في الدابة في بقية المسافة بوجوده حاجته دون انتهائها، فهذه علة قوله في المسألتين، لا ما قاله الفضل من أنه: الخيار في الأمد بعيد أنه إذا جاز أن يكتري الرجل الدار سنة بكذا على أن كلا منهما بالخيار جاز على أن أحدهما بالخيار كالبيع يجوز على أن أحدهما بالخيار كما يجوز على أنهما معا بالخيار.

قُلتُ: رد هذا القياس واضح؛ لأنه لا يلزم من جوازه بخيارهما جوازه على خيار أحدهما لتقرر الغرر في الثاني دون الأول؛ لأن من ليس له الخيار منهما لا يدري مال العقد بحال أو لزوم والمبيع قابل للتغيير لطول المدة وإن كان الخيار لهما فلا غرر؛ لأن كلا منهما على حكم اختياره ولا سيما على مذهب ابن رُشْد فيما هو على خيار المتعاقدين قال فيه: هذا العقد لغو كأنه عدم صرف قاله فيما ظن في النكاح على خيار العاقدين،

فإذا كان كالعدم فلا متعلق للغرر بحيث يوجب فيه فسادًا.

قُلتُ: وهذا الذي اختلف فيه هو الواقع ببلدنا تونس في أكرية ربع الأحباس على قبول الزيادة؛ لأنه لازم عقده للمكتري غير لازم للمكري؛ لأنه إذا زاده أحد في الربع شيئًا أخرج مكتريه منه إن لم يزد على من زاد عليه ومضى عمل القضاة على العمل به.

قال ابن رُشْد: ولو شرط في كراء الدابة إلى موضع معين أنه إن لم يجد حاجته تقدم بها إلى موضع آخر ففي جوازه لشرط قيمته الموضع الذي يتقدم إليه أو كونه معروفًا، وإن لم يكن بحساب الكراء الأول ولا تبعًا له أو بشرط كونه بحسابه، ثالثها: مع كونه تبعا لابن القاسم على أصله في لغو اعتبار الأطماع لظاهر سماع أشهب مع سماع عيسى: لاعتبار الأطماع مع اختلاف الكراء ولغوه مع اتفاقه، وابن الماجِشُون: لاتباع الأطماع مطلقًا.

وفي فسخ العقد بغصب المكتري من يد مكتريه فيسقط عنه الكراء من حينئذ وعدمه فلا يسقط، ثالثها: إن قصد الغاصب غصب الرقبة لا نفس الانتفاع لسماع ابن القاسم مع قوله: به قضى الجرمي بين أظهرنا حين قدم المسودة، وابن رُشْد عن قول ابن حارث: أنه رأى في بعض الكتب عن سَحنون: المصيبة من المكتري، واختيار ابن حارث ابن رُشْد في المجموعة لابن القاسم وعبد الملك: من اكترى دارًا أو أرضًا فاغتصبها منه رجل فسكن أو زرع الكراء على المكتري إلا أن يكون سلطان ليس فوقه سلطان لا يمنع منه إلا الله تعالى، وهو تفسير لما في السماع؛ لأنه إن أخرجه من يقدر على الامتناع منه برفعه لن يمنعه منه فلم يفعل فكأنه سلم ذلك إليه.

وتعرفة ابن حارث لا وجه لها في هذا المعنى إنما يفترق فيما يضمنه الغاصب على ما ل أَصْبَغ عن ابن القاسم فيمن يغصب السكنى فقط فتنهدم الدار في سكناه مثل المسودة الذين ينزلون على الناس، وأنه لا ضمان عليه للهدم، وإنما عليه قيمة الكراء وقاله أَصْبَغ؛ لأنهم لم يغصبوا رقاب الدور إلا أن تنهدم بطول سكناهم.

الصقلي عن ابن حبيب: وكذا الحوانيت يأمر السلطان بغلقها، ولو اكترى رحى سنة فأصاب أهل سكانها فتنة خلوا بها من منازلهم فلم يأته الطعام لذلك فهو كبطلان

الرحى بكثرة الماء، أو نقصه يوضع عنه قدر مدة الخلاء، وكذا الفنادق تكترى لأيام الموسم إن أخطأها ذلك لفتنة أو غيرها، ولو كان المكتري مقيمًا آمنا بخلاف الدور تكترى، ثم تخلو الفتنة والمكتري مقيم آمن أو رحل لوحشة، وهو آمن فإنه يلزمه الكراء، ولو رحل لخوف سقط عنه مدة الخلاء، وفي نوازل ابن رُشْد: إن قل الواردون من البلاد سكنى الفنادق المكتراة للنزول بها من فتنة أو خوف طرق وشبه ذلك، أو قل الواردون للطحن بالأرحاء المكتراة لجهد أصاب أهل ذلك المكان فهو عيب يخير لأجله المكتري في تماسكه أو فسخ الكراء عنه، فإن سكت ولم يقم حتى مضت المدة أو بعضها لزمه جميع الكراء، ولا يسقط عنه الكراء إلا بخلاء أهل ذلك الموضع حتى تبقى الرحى معطلة لا تطحن، والفنادق خالية لا تسكن ولا يلزم المكري إن قل الواردون أن يحط للمكتري من كرائه بقدر نقص الواردين بغير رضاه، وقول ابن الحاجب وابن شاس: لا تنفسخ الإجارة بإقرار المكري بغصب المكري واضح كقولها في لغو إقرار الراهن بجناية العبد الرهن بعد رهنه لا يقبل على المرتهن، ويخير المقر له بغصب العبد المكري في إمضاء الكراء فيستحق ما أكري به، وفي تضمينه قيمة العبد إن طالت مدة إجارته لا مطلقًا خلافًا لبعضهم.

وفيها: إن أمكن رب الدار مكتريها منها فتركها سنة، فإن لم يكن ربها فيها أو ساكن له أو شاغل فجميع كرائها على مكتريها كمن اكترى دابة ليركبها فأتاه بها ربها فأبى أن يركبها فعليه كل الكراء، ولو بقي مكري الدار في طائفة منها وسكن مكتريها باقيها لم يجب عليه إلا حصة ما سكن.

اللخمي: إن ترك المكتري سكنى الدار بعد أن مكن منها فأبقاها ربها خالية لزم مكتريها كراؤها، فإن أكراها ربها بأقل من المسمى حلف أنه لم يفعله رضي بالإقالة وأنه نظر ليكون أخف فيما يغرمه له، وإن أكراها بأكثر وأنه قال: اكتريتها لنفسي كان له الزائد.

قُلتُ: كذا هو في غير نسخة، وفيه نظر والصواب أن الزائد للمكتري بعد حلفه أن تركه السكنى ليس إقالة.

قال اللخمي: وإن قال اكتريتها للمكتري كان الزائد للمكتري، وإن أشهد عندما أمكنه منها ولم يسكنها إن ترك خصومته ليس إقالة فله ذلك اتفاقًا، وإن سكن مكري الدار بعضها ومنع المكتري منه خير المكتري في فسخ الكراء في ذلك البعض وأخذه بقيمته إن كانت أكثر من منابه من المسمى، وإن كان بمعنى الإقالة سقط منابه من المسمى، وإن قال المكتري ما تركته إلا ليطلبه بقيمته حلف وأخذ فضل كرائه على المسمى، وفيها: من اكترى دارًا ثلاث سنين منعه منها ربها سنة فخاصمه قضي للمكتري بسكناها عامين وعليه كراؤها فقط كالعبد يمرض أو يأبق في الإجارة ليس عليه قضاء ذلك.

اللخمي: هذا إن كان الكراء لا تغابن فيه أو غبن فيه المكتري، ولو غبن فيه المكري فللمكتري أخذ تلك الزيادة، ولو أكراها المكري خير المكتري في فسخ كراء تلك السنة، وأخذ قيمة كرائها إن كانت أكثر من المسمى أو أخذ ما أكراها به ويحاسبه من ذلك بالمسمى.

قُلتُ: ونحوه للصقلي عن بعض الفقهاء، وفي الجعل والإجارة منها من استأجر ثوبًا شهرًا فحبسه بعد المدة أيامًا لزمه أجر حبسه بغير لباس ليس كأجر اللابس، وقاله ابن نافع، وقال غيره: بل بحساب ما استأجر إن كان ربه حاضرًا.

الصقلي: عن بعض القرويين معرفة كرائه غير ملبوس بإسقاط قيمة ما ينقصه اللبس في تلك المدة من قيمة كرائه فيها على أن يلبس، وكذا الجواب في الدابة يحبسها بعد المدة شهرًا.

الصقلي: فيه نظر إذ قد ينقصه اللبس والركوب في مدة حبسه قدر كرائه فلا يغرم له شيئًا، والمكري قد كان ينتفع بلباس ثوبه وركوب دابته وكرائهما مدة حبسهما فمنعه من ذلك فيجب أن يغرم في ذلك قيمة كراء ذلك على أنه لا يستعمل ويجب على قياس قوله: أنه إن لم ينقصه اللبس في مدة حبسه أن يقوم ملبوسًا، وهذا خلاف قوله: وذكر ابن العطار لنفسه ما عزاه.

الصقلي: لبعض القرويين، وزاده إن قيل: قيمة كرائه على أن يلبس خمسة دراهم

وقيمة نقص لبسه درهم نقص من الخمسة وبقيت أربعة دراهم، ثم يقال يمكن أن يكريه ربه لو رجع إليه بهذا أو لا يجد كراءه فيعطى من الأربعة ما يقوم به على الاجتهاد فيما يقوم به على الاجتهاد فيما يقوم به على الغرر مما يمكن أن يكريه أو لا يجد كما ينظر في صداق المثل إلى حال الرجل والمرأة وكذا في الدابة يقال: ما ينقصها الركوب وإن كان لا ينقصها قيل: ما يمكن أن يزيد فيها الوقوف والراحة، وكذا الأرض البور ينظر إلى ما ينتفع به ربها إن بقيت بورا والدار لا يتصور فيها مثل هذا.

وفي أكرية الرواحل منها: إن اكترى الدابة يومًا فحبسها أيامًا أو شهرًا وردها بحالها فلربها كراء اليوم ويخير في أخذ قيمتها يوم اللتعدي أو كرائها فيما حبسها فيه من عمل أو حبسه إياها بغير عمل ما بلغ، وإن لم يتغير.

قال غيره: إن كان ربها حاضرًا معه بالمصر فإنما له في حبسها بحساب الكراء الأول؛ لأنه كان قادرًا على أخذها وإن كان غائبًا عنه، وردها بحالها فله في الزيادة الأكثر من قيمة كراء ذلك أو من حساب الكراء الأول عمل عليها الأول شاء أم لا، وإن شاء فقيمة الدابة.

عياض: قوله في مكري الدابة ليوم فحبسها أكثر إن كان كراء ما حبسها على حساب الكراء الأول أو أقل فلرب الدابة على حساب الكراء الأول كذا روايتنا ورواية الكافة، وكان عند يحيى بن عمر أكثر فأصلحه.

قُلتُ: إنما كان إصلاحه بلفظ الأقل؛ لأنه في قول الغير.

الصقلي: روى ابن حبيب الأيام اليسيرة والأيام الكثيرة مثل الشهر ونحوه.

قُلتُ: ظاهره أن الخمسة عشر يومًا يسيرة.

وقال أبو حفص العطار: مدة ما يضمنها فيه منالحُبُس ما تتغير الأسواق إليه وهو قد أجاز السلم إلى خمسة عشر يومًا؛ لأن الأسواق تتغير إليه ولا يختلف ابن القاسم والغير أنه إن كان معه بالبلد أنه لا يضمن.

الصقلي: عن بعض القرويين إن حبسها أيامًا بعد المدة وربها حاضر لم ينكر هلكت لم يضمنها على قول ابن القاسم: وإن أوجب عليه كراء المثل لقدرة ربها على أخذها،

وأما على قول الغير فأبين، ولا يختلفون في الغائب أن له أن يضمنه القيمة.

اللخمي: إن حبسها وهو في سفر، ولا عذر يمنعه ردها؛ فذكر قولي ابن القاسم وغيره، وصوب الأول بأنها مدة متعدى فيها لم يكن فيها عقد إلا أن يعترف بالرضى بالمسمى، وإن كان كراؤها لعملها بالمدينة، والعرف إتيان ربها بقبضها فلم يفعل فعليه الكراء، وإن لم يكن عرف، وكان ربها أتى بها للمكتري فعليه إتيانه لقبضها، وإن كان المكتري أتى لقبضها فعليه ردها، فإن لم يفعل فعليه كراء مدة الحبس، وذكر في قدره قولي ابن القاسم وغيره وصوب الأول قال: إلا أن يشهد على أحدهما بالرضى، فإن كان على المكتري فللآخر الأكثر، وإن كان على المكري فله الأقل أو تكون العادة أن التمادي بحساب الأول، فإن حدث عيب أو تلف لم يضمن على قول الغير أن لربها المسمى؛ لأنه يرى ذلك رضى منهما، وعلى قول ابن القاسم: يضمن ما عيب به قرب العقد وخرج عن المعتاد من التراخي بالرد؛ لأنه متعد، وإن طالت الأيام لم يضمن لشبهة الرضى إذا لم يطلبها، وفيما قرب يقول: كنت أنتظر ردها.

الصقلي: عن ابن القاسم في العتبيَّة من اكترى دارًا سنة فسكنها وتمادى ساكنا ستة أشهر قيل: عليه بحساب الأول، وقيل: كراء المثل؛ وهو أحب إلي.

ابن حبيب عن ابن الماجِشُون: ما يحاز بغلق من دار وحانوت وربه ساكت عالم فله بحساب الكراء الأول، وما كان من مزرعة لا جدار عليه ففيه الأكثر من القيمة أو الوجيبة.

قُلتُ: مسألة العتبيَّة هي سماع عيسى ابن القاسم.

قال ابن رُشْد: هذا الاختلاف جار على الخلاف في كون السكوت كالإقرار أو لا فعلى أنه كالإقرار إن علم رب الدار بسكناه؛ فعليه بحساب الكراء الأول؛ لأنه يحمل على أن كلا منهما رضي به، وإن لم يعلم رب الدار سكناه ككونه غائبًا فعلى الساكن الزائد الأكثر من كراء المثل أو على حساب الكراء الأول، ويحمل على الساكن الرضى بحساب الكراء الأول إن كان أكثر من كراء المثل، وهو أحد قولي ابن القاسم وقول غيره فيها، ثم ذكر قول ابن الماجِشُون قال: واختاره ابن حبيب قال: وعلى أن

السكوت ليس إقرارا فعليه في ذلك كراء المثل ما بلغ حضر رب الدار أو غاب، وهو أحد قولي ابن القاسم، واختياره في هذا السماع.

قُلتُ: فحاصل ما تقدم أن حبسها غير مستعملة ففي غرمه قيمة كرائها غير مستعملة أو بحساب الكراء الأول إن حضر ربها، وإن غاب فالأكثر من ذلك، ومن كراء مثلها مستعملة قولا ابن القاسم والغير فيها، وإن حبسها مستعملة فثلاثة أقوال القولان اللذان ذكرهما ابن القاسم في السماع، وقول ابن الماجِشُون مع قول ابن القاسم وابن حبيب، وقال ابن الحاجب: لو حبس الدابة أو الثوب المدة المعينة ثبتت الأجرة إذ التمكين كالاستيفاء فلو زاد فثالثها إن كان المالك حاضرًا فنسبة المسمى، وإلا فالأكثر.

وفي إسقاط بعضه بتقدير الاستعمال قولان فقرر ابن هارون الثلاثة بقولي ابن القاسم والغير فيها قال: وقيل: عليه الأكثر مطلقًا حضر ربها أو غاب، وقرر ابن عبد السلام الثالث بلزوم القيمة مطلقًا.

قُلتُ: وهذا أقرب، والقول بالأكثر مطلقًا لا أعرفه، ولا القول بنسبة المسمى مطلقًا إلا مما ذكره ابن القاسم نقلا في السماع المذكور، وهو فيما إذا استعملها في المدة الزائدة لا فيما إذا حبسها غير مستعملة.

وقال ابن عبد السلام: الضمير المضاف إليه بعض عائد على العوض الأعم من القيمة أو النسبة أو الأكثر اختلف في إسقاط بعض ذلك بسبب عدم استعمال المكتري مدةالحُبُس على قولين، والأقرب النقص، ثم ذكر ما تقدم في كيفية النقص.

وقال ابن هارون: ظاهره أنه اختلف في إسقاط بعض الكراء على تقدير استعمال الشيء المستأجر، وهذا لا يصح، ولعل مراده الخلاف في إسقاط بعض الكراء على تقدير ترك الاستعمال فأسقط الناسخ ترك، وهي ثابتة على أن هذا الفرع لا أعلم خلافًا في الإسقاط فيه لترك الاستعمال، وإنما اختلف في كيفيته.

قُلتُ: الصواب قول ابن هارون في عدم قبوله نقل ابن الحاجب القول بعدم الإسقاط لا قبوله كما فعل ابن عبد السلام، والصواب قول ابن عبد السلام في حمله

لفظ ابن الحاجب على ظاهره؛ لأن الوصف إنما يكون مقدرا في مسألة إذا لم تكن مصورة على حصوله فيها، والمسألة المذكورة في كلام ابن الحاجب إنما هي مصورة على عدم استعمال المكتري مدة الحبس.

قال ابن الحاجب: ولو كانت المدة غير معينة فحبسها فكذلك والكراء الأول باق، وذكرها ابن شاس وقال: عليه كراء المثل لمدة حبسها، والكراء الأول باق، ولو استعملها في غير ما استأجرها له فعليه كراء المثل فيما استعملها فيه والكراء الأول باق.

ابن عبد السلام: يعني لو اكتراها لسفر معين، ولم يبين أول زمان خروجه فحبسها لزمه في مدة حبسها ما ذكره فوق هذا من القولين، وقد يقال يفسخ الكراء الأول؛ لأن المدة وإن لم يعيناها فهي تتعين بمقتضى الحال؛ لأنهما لو تنازعا الحكم لمن أراد الاستعمال أثر العقد على مقتضى العرف.

قُلتُ: ما ذكره ابن شاس وابن الحاجب من بقاء العقد هو مقتضى الأصول كمن أسلم إلى رجل في قميص فأخذ المسلم إليه عمامة تعديا وأتلفها، فإنه يلزمه غرم قيمة العمامة والسلم بينهما باق، وقول ابن عبد السلام: وقد يقال يفسخ الكراء إلى آخره، يرد بأن تعيين زمن اقتضاء المنفعة إذا ذكر تابعا للمنفعة لم يوجب فوته فسخ العقد بحال، وما ذكره من التعيين بمقتضى الحال إن سلم إنما هو من التعيين التابع للمنفعة لا من التعيين المساوي لتعيين المنفعة.

وإنما قلت: هذا التفصيل لنص قول ابن القاسم إن اكترى دابة بعينها لبلد ليركبها في غده فأخلفه المكتري فليس له إلا ركوبه أو يكريها من مثله إلى البلد، وإن أكراها أياما معينة انتقض الكراء فيما غاب منها، وقد تقدم نحو هذا حيث قلنا فرق بين اعتبار الأخص لتحصيل أعمه وبين اعتباره لتحصيل عينه فوته في الأول لا يبطل العقد على أعمه، وفوته في الثاني يبطله، ووجه التفرقة واضح.

وفيها: إن تغيب الجمال يوم خروجك فالكراء باق في كل سفر في كراء مضمون إلا الحاج، فإنه يفسخ ويرد ما انتقد لزوال إبانه، وقاله مالك في كراء دابة معينة ليركبها إلى موضع كذا في عيد فيغيب ربها، ويأتي بها بعد يومين أو ثلاثة ليس له إلا ركوبه قال

غيره: ولو رفع إلى الإمام فسخ ما آل للضرر.

اللخمي: إن كانت المدة معلومة غير معينة لم ينفسخ بذهابها إلا بحكم ينظر الإمام إن لم يضر الصبر لم يفسخ، وإن كان فيه مضرة فسخ ككون الكراء للحج أو لبلد إن فاته الخروج مع هذه الرفقة فاته ما اكترى أو غير ذلك من العلة كان فيها قولان: هل يفسخ بفوت ذلك أو بالحكم؟

فإن أتى بالإبل بعد فوت الحج أو فوت الرفقة ففيها لمالك: يفسخ في الحج وحده.

وفي الموازيَّة: لا يفسخ، وقال غيره في غير الحج: ينفسخ والفسخ فيهما أحسن؛ لأنه لو رفع للحاكم فسخ اتفاقًا، ولو غاب كري مضمون ووجد له مثله لم يستحقه مكتريه إلا بالحكم، وإن لم يوجد وله ما يكري به عليه أكرى عليه الحاكم منه، وإن لم يكن له شيء وطاع المكتري بسلفه جاز إن علم له مال، وإن لم يعلم ففي صحة سلفه لذلك قولا ابن القاسم ومحمد، ورجح اللخمي الأول بالقياس الأحروي على منع غرماء مفلس طاع برد ما ابتاعه لبائعه لعجزه عن ثمنه بسلفهم إياه الثمن لربحه فيه.

وفيها: إن هرب مكتر رفع مكريه أمره للإمام بكري الإبل الهارب، فإن تعذر كراؤها فلربها إكراؤه؛ كقول مالك فيمن اكترى على حمل شيء عند وكيله ببلد آخر فلم يجده المكري تلوم له الإمام بغير ضرر، فإن لم يأت الوكيل أكراها الإمام للمكتري، فإن تعذر كراؤها فلربها كراؤه، ولو رجع المكري دون رفع الإمام هو بالبلد رجع ثانية، وإن لم يكن بها سلطان، فإن فعل ما يفعله، وأشهد كان كفعل السلطان، وروى ابن وَهْب: إن أتى الجمال حيث أوعده مكتريه فلم يجده رفع لإمام الموضع إلا أن يجد الكراء، فإن رجع دون رفع كراء فلا شيء له إن أمكن الكراء لما أكرى إليه، فإن تعذر وجهل إعلام الإمام لم يبطل عمله، ونحوها سمع ابن القاسم.

ابن رُشْد: حاصلها إن ترك الرفع للحاكم أو التلوم والإشهاد لفقد الحاكم، فإن ردها مكراة لنفسه فكراؤه له، والعقد باق اتفاقًا، وإن أكراها للمكتري ففي فسخ الأول ويأخذ المكتري ما أكراها به مسقطًا منه فضله على الأول إن كان نقد وتخييره في

هذا، وفي التماسك بالعقد الأول قولان لظاهر رواية ابن وَهْب فيها مع هذا السماع وسَحنون في هذا السماع مع ابن القاسم وروايته فيها.

وقول التونسي: معنى رواية ابن وَهْب: إن رضي بفعله، وإلا فالكراء الأول قائم صحيح معنى بعيد من لفظه، وإن ردها فارغة مع إمكان كرائها ففي بقاء العقد الأول وانفساخه قولان للآتي على قول ابن القاسم مع روايته، وظاهر رواية ابن وَهْب: وإن ردها فارغة لتعذر الكراء ففي لزوم رجوعه وعدمه مع استحقاقه كل الكراء قولان على روايتي ابن القاسم وابن وَهْب، والتلوم والإشهاد حيث لا حاكم كالرفع إليه إن أكرى المكتري أو رجع فارغًا لعدم من يكري، فإن أكرى لنفسه، فقال ابن حبيب: يخير المكتري في تركه له فيرده لحمل طعامه، وأخذ كرائه، فإن شاء أخذه، فإن كان فيه فضل فهو للمكري، وإن كان فيه نقص فعلى المتكاري، وهو صحيح على أصولهم والتلوم والإشهاد حيث السلطان لغو، وإن رجع فارغًا، وقال: لم أجد كراء لزمه إقامة البينة.

اللخمي: إن غاب المكتري والمدة معينة فلرب الإبل الرفع للحاكم ليكريها فيما اكتريت له أو دونه إن تعذر، فإن لم يجد، وانقضت المدة لزمه الكراء مجانًا، وإن لم تعين المدة أكريت كذلك، فإن تعذر تربص، فإن لم يوجد تربص المدة التي يستعمل فيها لو وجد، فإن لم يكن خلا عنه، وقضى له بالكراء، وإن لم تنقض تلك المدة حتى أمكن كراؤها، فإن كانت معقولة لم يكن له إلا بقية المدة، وإن لم تعقل، وكان ربها ينتفع بها استؤنفت مدة إجارتها، وهذا استحسان لتغييب أحد الضررين، ولو كان الكراء لسفر أكريت في مثله أو فيما هو دونه إن تعذر، فإن تعذر ورمي في بعض الطريق الآخر أخرجت له، فإن لم يرج ففي الحضر، فإن تعذر خلي عنه، وأخذ المكري الكراء مجانًا.

ابن الحاجب: ولو أجر مستحق الوقف، ومات قبل مدتها ففي انفساخها قولان.

قُلتُ: هو معنى قول ابن شاس: إن مات البطن الأول من ذوي الوقف بعد الإجارة قبل تمام مدتها انفسخت الإجارة في باقي المدة لتناولها ما لا حق للمستأجر فيه.

وقيل: إن أكرى مدة يجوز الكراء إليها لزم باقيها، ولا أعرف الثاني لقول ابن شاس، ولم يعزه ابن هارون، ولا ابن عبد السلام، وظاهر قول الشُيُوخ نفيه في أواخر

ثاني وصاياها إن أعمرك رجل حياتك خدمة عبدًا لم تؤاجره إلا لمدة قريبة كسنة أو سنتين وأمد مأمون، ولو أوصى لك بخدمته عشر سنين فأكريته فيها جاز كمن أجر عبده عشر سنين، ولم أر من فعله، وإن فعل جاز، وهو خلاف المخدم حياته؛ لأنه إن مات المخدم سقطت الخدمة، والمؤجر يلزم باقيها لورثة الميت.

قال ابن رُشْد: في ثاني مسألة من رسم العتق من سماع عيسى من كتاب المخدم تجوز إجارته المدة القريبة السنة والسنتين والأمد المأمون بالنقد وغير نقده لظاهر المدَوَّنة، ولا يجوز الأجل البعيد بالنقد، واختلف فيه إن لم ينقد لم يجزه في المدَوَّنة، وأجازه في سماع أشهب في كتاب الصدقات والهبات، فإن نزل فعلى الأول إن عثر عليه، وما بقي من المدة يسير لم يفسخ، وإن كان كثيرًا فسخ قاله في الموازيَّة، وقال في سماع أشهب أجاز في هذا السماع اكتراء الدار عشرين سنة من الذي صارت إليه بالتحبيس، والكراء ينتقض بموته ومعنى ذلك ما لم ينقد؛ لأنه إن نقد، فإن فات انتقض الكراء فيرد للمكتري مناب باقي المدة، وكان سلفًا، وقيل: لا يجوز لهذه المدة الطويلة، وإن لم ينقد ففي القريب يجوز، وإن نقد على ظاهر المدَوَّنة، ومثله لمحمد، ويحتمل أن تحمل المدَوَّنة على عدم النقد؛ فالكراء في القريب دون نقد جائز اتفاقًا، وفي البعيد معه لا يجوز اتفاقًا، ويختلف في جوازه بغير نقد في البعيد وبالنقد في القريب على قولين، ونص على ذلك في الموازيَّة: روى محمد يكريها قليلًا قليلًا.

وقال عبد الملك: السنة والسنتين، ولم ير في السماع حجة للقائم من الورثة على المكتري فيما ذكره من طول الحيازة؛ لأنها علة ترفع بالإشهاد كما ذكر، وهو خلاف ما في أول رسم من سماع أشهب من كتاب الأقضية فيمن له ممر بحائط رجل ليس له أن يحضره، وإن لم يجعل عليه بابا لئلا يطول الأمر فينسى حقه.

المتيطي وابن فتوح واللفظ له: روى ابن القاسم وقال: لا يجوز القبالة في الأحباس على معينين إلا لعامين أو نحوهما، وبه القضاء خوف موت بعض الأعيان فتنتقض القبالة لذلك، والغرر داخل فيما حاداه، ولكن بسير مضطر إليه، وروى أشهب: تجوز لخمس وعشرين سنة ونحوها.

قُلتُ: فظاهر أقوالهم عدم الخلاف في نقضه بالموت، وقد يتخرج عدم فسخه من فتوى أهل طليطلة في مسألة الشقص يكريه مشتريه، ثم يقوم الشفيع قبل انقضاء المدة حسبما يأتي في بلوغ اليتيم قبل تمام مدة إجارته قالا: وقبالة أحباس المساجد والمساكين غير المعينين جائزة لمدة طويلة، واستحسن قضاة قرطبة أربعة أعوام خوف دروسها بطول مكثها بيد متقبلها، ورأى أهل البصر أن هذه المدة أقصى ما يبقى الزبل في الأرض؛ لأن المتقبل يزبل ويعمر واستحسن قوم من أهل الاحتياط أن لا تقبل ممن يجاورها خوف أن يحيف منها، ولا من ذوي قدرة بغير ما وجد ابن عات إنما المدة أربعة أعوام في الأرض والدور والحوانيت وشبهها عدم فقط.

وفيها: من واجر يتيما في حجره ثلاث سنين فاحتلم بعد سنة، ولم يظن ذلك به لم يلزمه باقي المدة إلا إن بقي كالشهر.

قيل لأبي حفص العطار: أيصدق في احتلامه.

قال: يظهر بالإثبات وكلامه ودلائل حاله، فإن ادعى ما يظهر عليه صدق.

قيل: ايحلف.

قال: لا؛ لأنه إن لم يكن احتلم لم تصح يمينه، وإن كان احتلم فلا يمين عليه.

قُلتُ: الأظهر طلبه باليمين رجاء أن يقر، وأخذ منها ابن عتاب: أن للشفيع فسخ كراء المشتري للشقص إن أكرى المشتري عالمًا أن له شفيعًا إلا أن تقل المدة كالأشهر أو تكون أرضا زرعت، وإن لم يعلم المشتري بالشفيع إنما اشترى أرضا استحق بعضها فلا يفسخ إلا في الوجيبة الطويلة، وتمامها في الشفعة.

وفيها: إن أكرى ربعه ودوابه ورقيقه، واحتلم بعد سنة، وظن أنه لا يحتلم في تلك المدة لم يفسخ، وإن آنس رشده، وقال غيره: إنما يلزمه فيما قل.

قال ابن القاسم: وإن عقد عليه بلوغه قبله لم يلزم في نفسه، ولا في ملكه، وكذا الأب، وما عقده ولي أو سلطان على سفيه بالغ في ربعه أو رقيقه سنتين أو ثلاثا، ثم رشد فذلك يلزمه؛ لأن العاقد عليه يريد عقد ما يجوز له قال غيره: إنما يجوز أن يعقد عليه السنة ونحوها؛ لأنه جل كراء الناس، ولرجاء إقامته كل شهر، وما كثر له فسخه.

قُلتُ: قول الغير وفاق لتعليله بالعرف، وفي عتقها الثاني من واجر عبده سنة أو أخدمه، ثم أعتقه قبل السنة لم يعتق حتى تتم، ولو مات قبل السنة لم تنتقض الإجارة، ولا الخدمة ويعتق العتق لتمام السنة من رأس ماله إلا أن يترك المستأجر أو المخدوم بقية الخدمة في رسم إن خرجت الثاني من سماع عيسى من الجنايات من أعتق عبده بعد أن أجره سنة قبل تمامها كراؤه لسيده، وإن لم يستثن ماله، وإن كانت أمة لم يطأها أَصْبَغ لا شيء لسيده من أجرته إلا لما مضى قبل عتقه قبضه أم لا.

ابن رُشْد: قول أَصْبَغ خلاف قول ابن القاسم.

ابن حبيب: الإجارة أملك به وأحكامه أحكام عبد، واختلف في إجارته قال مالك: يسأل السيد إن أراد أنه حر بتمام الأجرة صدق والأجرة له، ولو لم يقبضها، وإن أراد تعجيل عبده فهي للعبد قبضها أم لا، وروى داود بن جعفر في المدينة مثل ما روى ابن حبيب، وزاد يحلف إن أراد أنه حر بتمام الإجارة، وما حكى ابن حبيب أنه يسأل تفسير لقول ابن القاسم: فإن مات قبل أن يسأل أو قال ما لم أنو شيئًا تخرج على قولين:

أحدهما: حمله على حريته بتمام الإجارة إذا لم يقبل باستحلافه على ذلك فرأى أن الإجارة له إلا أن يقول أردت تعجيل عتقه.

والثاني: أنه محمول على إرادة تعجيل عتقه، وهو مقتضى رواية داود ففي الحكم عليه بمقتضى تعجيل العتق، وتأخيره إن حلف، ثالثها: بمجرد قوله لابن نافع مع أَصْبَغ، ورواية داود بن جعفر، وهذا السماع مع رواية ابن حبيب، وسمع يحيى ابن القاسم في المسألة إن جرح العبد رجلًا خير سيده في فدائه، ولا غرم عليه فيما أخذ من أجرته للسنة، فإن أبى خير المستأجر، فإن فداه أخذ منه بقية الإجارة، وإن شاء فسخ الإجارة، وحاسب سيده بما مضى منها، وقبض منه ما بقي عليه، وعتق العبد ساعة نقض الإجارة؛ لأن للمستأجر لو لم يسجن العبد فسخ الإجارة، وإغرام السيد باقي استكمال أجرته فيعتق العبد، ويتبع بأرش الجناية.

قُلتُ: فإن فداه سيده اتبعه بما فداه به.

قال:ولو كان ذلك في أمة وولدت ولدًا.

ابن رُشْد: في هذه المسألة نظر؛ لأن قوله: يخير المستأجر في فسخ الإجارة إن لم يفده سيده... إلى آخر قوله: وعتق العبد وأتبع بالجناية لا يستقيم، ووجه العمل أن يبدأ بتخيير المستأجر في فسخ الإجارة، فإن فسخها عتق وأتبع بالجناية، وإن تماسك بالأجرة خير سيده في فدائه؛ فيكون له الأجرة، وفي إسلامها للمجني عليه، فإن انقضت عتق العبد واتبع بقيمة الأرش، ولا تفسخ الإجارة لتقدمها على الجناية، وقوله في السماع: أن المستأجر يخير، فإن شاء افتداه واختدمه بقية الأجرة، وإن شاء فسخ الإجارة يدل على أنه رأى أنه من حق المجني عليه إن أبى سيده فداءه أن يفسخ الإجارة فيواجر له من غيره إذ قد يجد من يواجره بأكثر من ذلك؛ فيكون من حق المستأجر حينئذ أن يفتكه بالجناية ليبقى العبد في إجارته.

قُلتُ: حاصله أنه جعل تمكين المستأجر من إتمام الإجارة بفدائه وفسخها ملزومًا لتمكين المجني عليه في عدم فدائه ربه من فسخها، وإجارته من آخر، ولا خفاء عند من تأمل وأنصف في عدم هذه الملازمة لوضوح نفي العلاقة بين ما ادعى الملازمة بينهما.

والفرق بين تمكين المستأجر من إتمام الإجارة بفدائه إن لم يفده ربه، وتمكين المجني عليه من إنسائها واضح؛ لأن تمكين المستأجر من إتمامها له إنما كان لتقدم عقدها له قبل العتق والجناية وإنشاء المجني عليه متأخر عن ثبوت عتقه، وتمامه بترك المستأجر الإجارة؛ لأنها إجارة حر بغير اختياره.

ابن رُشْد: وسكت عن جواب سؤاله هل يتبعه السيد بما فداه به إن فداه وجوابه أن ليس له اتباعه؛ لأنه إنما فداه ليستحق به الأجرة، ولم يجب أيضًا عن حكم الولد للأمة هل يدخلون في الجناية أم لا؟

ولا إشكال في عدم دخولهم؛ لأنهم ولدوا قبلها، وكذا لو ولدوا بعدها على المشهور، وإنما الكلام هل يعجل عتقهم أو يؤخر لعتق أمهم، ومقتضى النظر تعجيله؛ لأن مانعه في الأم عقد الإجارة السابق والولد لا أجرة فيهم.

قُلتُ: مقتضى المشهور أنها بهذا العتق اللاحق لعتق الإجارة كمعتقه لأجل؛ فيجب أن يحكم لولدها بحكم ولد المعتقة لأجل، فتكون خدمتهم إن كانت لهم خدمة

لسيدها.

وفيها: إن ظهرت من مكتري دار دعارة أو فسق أو شرب خمر لم ينتقض الكراء، ويمنعه الإمام ذلك، ويكف أذاه عن رب الدار والجار، وإن رأى إخراجه، وأكراها عليه.

اللخمي: أرى أن يخرجه إن تعذر كراؤها من يومه وما قاربه وتخلى لإكرائها، فإن تعذر ذلك حتى خرج الشهر لم يسقط عنه كراؤه، وكذا إن بان أنه سارق يخشى منه على أبوابها، وروى ابن حبيب في فاسق ذي دار بين دور الناس يعاقبه السلطان ويمنعه، فإن لم ينته بيعت عليه.

اللخمي: وأرى أن يبدأ بعقوبته لجرمه، فإن لم ينته أكريت عليه، فإن لم ينته بإذايته لإتيانه إليها بيعت عليه، وسمع أبو زيد ابن القاسم آخر مسألة من كتاب السلطان: قال مالك في فاسق يأوي إليه أهل الفسق يخرج من منزله وتكرى عليه الدار والبيوت، ولا تباع عليه لعله يتوب فيرجع لمنزله.

ابن القاسم: يتقدم إليه مرة أو مرتين أو ثلاثا، فإن لم ينته أخرج، وأكري عليه ابن رُشْد، ورواية ابن حبيب تباع عليه خلاف هذا السماع، وقوله فيه أصح لما ذكر من أنه قد يتوب، ولو لم تكن الدار له إلا بكراء أكريت عليه، ولم يفسخ كراؤه قاله فيها.

قُلتُ: لأن فسخ الكراء مضرة على رب الدار، ويحتمل حمل رواية ابن حبيب على من لا ترتفع مضرة فسقه إلا برفع ملكه عنها، وحمل رواية ابن القاسم على من ترتفع بمجرد كرائها عليه.

ابن رُشْد: وروى يحيى بن يحيى أنه قال: أرى أن يحرق بيت الخمار قال: وأخبرني بعض أصحابنا أن مالكًا كان يستحب حرق بيت المسلم الذي يبيع الخمر.

قيل له: فالنصراني يبيعها من المسلمين.

قال: إن تقدم إليه فلم ينته أحرقت بيته.

قال: وحدثني الليث أن عمر بن الخطاب أحرق بيت رويشد الثقفي؛ لأنه كان يبيع الخمر، وقال له: أنت فويسق لا رويشد.

والإقالة من الكراء كالكراء: لقولها: الإقالة بيع من البيوع فموانعها كموانعه وتحصيلها.

ابن رُشْد في المقدمات: حسن.

اللخمي: الإقالة دون زيادة من أحدهما جائزة بعد النقد وقبله على أنها حل بيع أو بيع على أن الذمم تبرأ، وعلى عدمه تمنع في المضمون؛ لأنه فسخ دين في دين، وإن كان معينا جاز؛ لأن المكري يتصرف فيها الآن بالبيع وغيره ففارق أخذ الأجنبي منافع عن دين.

وتجوز بزيادة من المكري قبل غيبته على النقد عينًا كانت أو نقدًا، وهي لأجل فسخ دين في دين، وبعد غيبته عليه لتهمة سلف بزيادة، فإن كانت بعد سيرهما ما له قدر ففي جوازها قولا ابن القاسم مع مالك وغيرهما والأول أحسن.

وقد قال ابن مسلمة: من ابتاع ثوبًا نقدًا بأقل مما باعه به لأجل إن فات مضى، واختلف في منع الزيادة في الراحلة بعينها كمضمون والجواز أبين والزيادة من الجمال لاستخلاص راحلته لتصرفه فيها جائز، وإن كان لركوبها كغيرها على التراجع إن هلكت قبل مدة الإجارة فأصل ابن القاسم المنع، وعلى قول أشهب يجوز.

زيادة المكتري قبل النقد والكراء معين أو مضمون جائزة كانت عينًا أو عرضًا، فإن كان الأول دنانير جازت زيادة دراهم دون صرف دينار أو صرف دينار على أحد قولي مالك نقدًا إلا لأجل، وتدخل زيادة دينار لأجل بيع وسلف، وزيادة غيره لأجل في فسخ دين في دين وصرف المستأجر، وإن كانت بعد النقد على رد بعضه جاز، وإن أقاله على دفع المكتري عرضًا نقدًا أو لأجل جاز؛ فيكون المكري اشترى دينًا في ذمته، ودينًا يكون له في ذمة المكتري بعشرة نقدًا وذلك جائز.

وفي حكم كراء السفن اضطراب: قال ابن رُشْد في أول مسألة من نوازل أَصْبَغ من كتاب الرواحل: قول ابن القاسم وروايته: أنه على البلاغ كالجعل الذي لا يجب إلا بتمام عمله كان على قطع الواسطة أو الريف، وهو معلوم من مذهبه قال: من أكرى سفينة من الإسكندرية للفسطاط؛ فغرقت في بعض الطريق؛ فخرج نصف القمح، وحمل في

غيرها لربها من كراء ما خرج من القمح بقدر ما انتفع ربه ببلوغه حيث غرق؛ لأن الكراء من الأسكندرية للفسطاط إنما هو في النيل فلن ير لرب السعينة كراء فيما ذهب من القمح، ورأى أنه فيما سلم منه بقدر ما انتفع ربه ببلوغه إليه؛ كقوله في الجعل على حمل خشبة تصل إلى بعض الطريق، ثم يحملها ربها فينتفع بها حملها الأول؛ فعلى قول ابن القاسم: إن غرقت أو ردها الريح من حيث خرجت أو لخوف لصوص أو عدو، وذلك مطلب الركاب من أجل الحزن فلا كراء لربها كانوا ملججين أو غير ملججين محاذين لقرية أو غير محاذين قادرين على النزول أو غير قادرين.

وقال ابن نافع في المَدَوَّنة: له بحساب ما بلغت، ورواه ابن أبي جعفر عن ابن القاسم: فعليه إن غرقت في لجة البحر أو ردها الريح أو خوف العدو أو اللصوص إلى حيث أقلعت يكون له من الكراء بحساب ما بلغت كان الكراء على قطع البحر أو الريف الريف.

وقال يحيى بن عمر: إن أكريت على قطع البحر فهي على البلاغ، وإن أكريت الريف الريف فبحساب ما بلغت، وتفريق أَصْبَغ في نوازله بين كونهم ملججين أو غير ملججين محاذين القرية قادرين على النزول فيها أو غير قادرين قول رابع وسواء على ظاهر قوله: كان كراؤهم على قطع البحر أو على الريف الريف، وهو استحسان على غير قياس، وكذا تفرقة يحيى، وقول ابن نافع أظهر من قول ابن القاسم في المَدَوَّنة؛ لأن رد الكراء إلى الإجارة أولى من رده للجعل.

قُلتُ: تلخيص طول نازلة أَصْبَغ أنه إن ردت الريح المركب لمحل إقلاعه دون بلوغهم حيث يمكنهم النزول آمنين من الريح فلا شيء عليهم، وإن كان بعد بلوغهم حيث يمكنهم ذلك فعليهم بقدر بلوغهم ذلك المحل كانكسار المركب بهم حيث سلم لهم شيء فعليهم بقدر ذلك فيما سلم.

قال أَصْبَغ: إن ردهم أصحاب المركب لمحل إقلاعهم باختيارهم لربهم كل الكراء، وإن كان بإكراههم سقط عنهم، وإن طلبه الركاب لعذر عدو أو لصوص أو بحر أو روم سقط عنهم إن لم يكن محل أمن قبل محل إقلاعهم، فإن كان ردوا إليه

ولزمهم من الكراء منابه، فإن لم ينزلوا هم باختيارهم فكذلك، وإن منعوهم النزول به سقط عنهم ابن رُشْد في جواز النقد فيه على أنه على البلاغ قولان.

قُلتُ: قال الصقلي: كره مالك وابن القاسم النقد فيها؛ لأن كراءها على البلاغ، وأجازه ابن نافع.

المتيطي: وقاله أَصْبَغ وأشهب: ورأوا لرب السفينة بقدر ما جرى، وقضى به سَحنون إلا أن أَصْبَغ قال: إن بلغ الغاية، ثم ردته الريح فلا شيء له ووافقهم إذا مشى الريف الريف أو أرسى، ثم ردته الريح، وقاله يحيى بن عمر: وكذا لو أمكنهم التحاق بالبر، ولم يمنعهم مانع، ثم ردتهم الريح.

وسمع عيسى ابن القاسم: من أكرى سفينته للأسكندرية فأتى الخليج فوجده لا ماء فيه فعليه من الكراء بقدر ما سار سَحنون، وكذا مكتري الدابة يبلغه في نصف الطريق فتنة حيث يريد الوصول بحيث لا يستطيع دخوله.

ابن رُشْد: لا خلاف إذا منعه من الوصول إلى حيث اكترى خوف لصوص وشبهه أو قله ماء منع سير المركب أن له بحساب ما مضى، وتنفسخ فيما بقي، وسمعه أبو زيد: من تكارى على متاع للإسكندرية من نوتي؛ فوقف المركب ببعض الطريق من قلة الماء فظن النوتي أن يلزمه حمله للإسكندرية فاكترى عليه من ذلك الموضع حتى بلغه الإسكندرية فلا شيء للنوتي، ولو شاء لم يفعل إذ ليس ذلك عليه، وله أن يرفع للسلطان ليفسخ عنه، ولو وقف حيث لا سلطان، وخشي تلف المتاع لم يشبه الأول؛ لأنه بموضع تلف.

ابن رُشْد: لأن النوتي في كرائه لحمله مخطئ على رب المتاع، فإن كان لا بد له من الكراء عليه من حيث وقف المركب إلى حيث أكرى عليه النوتي، فقول ابن القاسم : لا شيء عليه للنوتي معارض، لقوله فيمن أكرى على حمل فأخطأ الحمال فحمل غيره أنه إن أراد أخذ الحمل لم يأخذه إلا بغرم الكراء، وفيمن استأجر حصادين على حصد زرع له فحصدوا زرعًا لغيره أو استأجر من يحرث أرضًا له فحرثوا أرضا لغيره أن على من حصد زرعه أو حرثت أرضه غرم قيمة العمل إن كان لا بد له من الكراء على ذلك،

كقول أشهب في نوازل أَصْبَغ في الكري: فيخطئ فيحمل غير الحمل الذي اكتري عليه، وقوله في كرائه عليه من حيث يخشى هلاكه، ولا سلطان فيه: بوجوب الكراء على رب المتاع بين كقولها مع غيرها فيمن التقط متاعا فحمله إلى موضع.

اللخمي: كراء السفن جعل وإجارة؛ فالجعل قوله: إن بلغتني محل كذا فلك كذا وإلا فلا شيء لك، وهو جائز كما شرط والإجارة أن يجعل له شيئًا معلومًا على إن بلغه دون المحل فله بحساب سيره، فإن سمى الغاية دون توقيت؛ كقوله: استأجر مركبك هذا البلد كذا بكذا جاز، ولو قال على أن تبلغني في وقت كذا لم يجز، وفيه إن وقع كراء المثل ما بلغ، وإن استأجرها مدة معلومة لسفر ناحية بعينها دون تعيين بلد وسيره بالقذف جاز، وإن كان بسير الريح؛ فقال مالك مرة: هو جائز.

قيل له: ربما أبطأت السفينة، وربما أسرعت.

قال: وكذا الدابة.

وقال مرة: إن كان يختلف فلا خير فيه، وإن لم يختلف فلا بأس، وهذا أصوب؛ لأن سير الدابة متقارب بخلاف سير السفن، وإذا كان بالقذف فهو متقارب، وإن حبسه نوء لم يكن عليه فيما منع من السفر شيء.

المتيطي: ولا بد من تعيين وقت الركوب إن لم يكن معروفًا.

اللخمي: فإن استأجرها شهرًا فانقضى، وهو بمستعتب يسلمها لربها، وإن كان غير مستعتب فله التمادي لمستعتب لا يضر اكتروا به وغرم للزيادة أجر مثلها، ولو بقي من المدة يومان، وهو مستعتب، وإن انفصل عنه لم يصل المستعتب إلا بعد انقضاء مدته نزل حيث هو وحط عنه من الكراء بقدر باقي المدة إلا أن يكون تماديه بها بعد انقضاء المدة يسيرًا فله ذلك، ويغرم للزيادة كراء مثلها، وإن اكتراها مدة ليردها عند انقضائها من حيث أخذها جاز وعليه أن لا يبعد بها بحيث تنقضي المدة قبل ردها لربها، وإن اكتراها ليصيد عليها شهرًا ببحر بلدهما جاز كان خروجه بالريح أو القذف، فإن تعذر صيده يومًا بنوء، فإن كان الشهر معينًا سقط منابه، وإن كان غير معين لم يسقط، وكمل أيام الشهر.

الصقلي: قال مالك: من اكترى مركبًا لحمل طعام بجزء منه على تعجيل قبضه جاز، وعلى تأخيره لمحل بلوغه لم يجز.

الصقلي: ولو وقع على السكت ففي منعه، وجوازه قولا ابن القاسم وغيره، فلو ذهب الطعام بغرق، وقال ربه كان الكراء على قبضه، وأكذبه المكري صدق المكتري بيمينه وأغرمه مثل المكيل حيث قبضها؛ لأنه يدعى الحلال.

الصقلي: لو كانت سنتهم التأخير قبل قول مدعيه. قاله كثير من شُيُوخنا: ولو عطب المركب قبل إقلاعه فادعى الركاب دفع الكراء؛ فالقول قول رب السفينة.

وفي جواز شهادة بعضهم لبعض قولا العتبيَّة وابن عبدوس.

قُلتُ: ما عزاه للعتبية هو قول سَحنون في نوازله من الشهادات.

ابن رُشْد: أجاز شهادة بعضهم لبعض، وكل منهم شهد لمن شهد له.

وفي قبولها: ولو كانت لمجلس واحد ولغوها، ولو كانت لمجالس شتى حيث وجد أنهم من يشهدوه غيرهم، ثالثها: إن كانت بمجالس شتى لسَحنون هنا، ولمحمد عن ما رجع إليه سَحنون، والأخوين، وسواء اكتروا جملة السفينة بينهم شياعًا أو على أن لكل واحد محلا معينًا أما لو شرط عليهم حمالة بعضهم عن بعض بالكراء لم تجز شهادة بعضهم لبعض؛ لأنه يشهد لنفسه اتفاقًا.

الصقلي: قال بعض أصحابنا: لا يصلح كراؤها لوقت لا يصلح فيه ركوب البحر كالشتاء، ويفسخ إن نزل، ولو شرط في العقد تأخير الركوب لوقت يصلح فيه والسفينة معينة جاز ما لم ينقد فإن نقد وصلاح الركوب قريب كنصف شهر ونحوه جاز وإن بعد كشهرين لم يجز، وإن كان مضمونًا جاز النقد، ولو بعد، ولو عقد الكراء في وقت صلاح الركوب فتعذر الركوب حتى دخل وقت لا يصلح فيه الركوب فمن طلب منهما فسخ الكراء فسخ له، وكذا لو أمكن الركوب، وعرض خوف قطع لصوص أو روم وثبت ذلك وروى محمد لو أكروا سفينة فحبسهم الريح عشرين يوما فأراد الركاب الفسخ فلا فسخ لهم، وكذا لو أراده النوتي.

قال يحيى بن عمر: هلاك المركب بعد بلوغه الغاية، وقبل إمكان تفريغ وسقه

كهلاكه قبل وصوله، ولو هلك في أثناء تفريغه فما فرغ منه فيه كراؤه، وما هلك لا شيء فيه، ولو قدروا على تفريغه، وتوانوا فيه فعطب المركب فلربه كراؤه؛ لأن التفريط من قبلهم.

ولأبي زيد عن ابن القاسم: إن ابتل بعض الطعام أو المتاع قوم سليمًا ومبلولًا، وسقط من الكراء مناب البلل قل أو كثر، وقال ابن أخي هشام: إن كان ذلك من أمواج عالية أو من خلل في المركب لم يغرر به ربه من سوء عمل أو قلفطة، فإن صار المتاع لا قيمة له سقط كل كرائه، وإلا فمناب العيب فقط، وإن كان من تغرير رب المركب، وسوء عمله، وقلفطته ضمنه، وماله من رش خفيف، ونداوة ليست بفساد فلا نقص له من الكراء.

اللخمي: إن هال البحر، ووقع الخوف وجب الرمي عاجلًا، ويرمي الأثقل الأقل ثمنًا، فإن تقاربت الأثمان رمي الأثقل، وإن جاوز رب المركب في الزيادة على المتعارف رجع عليه؛ لأنه غر، وإن لم يعلم حين الرمي المتاع المزيد، ورمى غيره خيروا في الرجوع على رب المتاع بذلك أو على رب المركب إن رجعوا على رب المركب رجعوا بقيمة ما رمى، ولو كثرت قيمته، وإن رجعوا على رب المتاع، فإن رفع متاعه جورا عليهم غرم قيمة ما رمى، وإن كان غير عالم، وقيمة ما رمى أكثر من قيمة متاعه لم يلزمه غير تسليم متاعه، وإن لم يعلم أخرهم عقدًا تعين الرجوع على رب المركب، وإن مروا بأعدال في البحر فرفعوها، ثم هال البحر، فإن كانت زائدة على عرف وسقهم رميت ولا شيء فيها، وإن كانت من تمام وسق المركب كانت كسائر وسقه، وإن كان شحن المركب رجالًا دون متاع، وخشوا الهلاك إن لم يخفف المركب اقترعوا على من يرمى والرجال والنساء والعبيد وأهل الذمة في ذلك سواء، وإن مروا بغرقى المركب فحملوهم، ثم هال البحر، واحتاجوا للرمي، فإن كان حملهم من تمام وسق المركب كانوا كغيرهم، فإن كان في المركب متاع رمي منه، وإلا كانت القرعة على جميعهم، وإن كان حملهم زيادة على حمل المركب، وحملهم جور على وسقه رمى المتاع واتبع الغرماء بقيمته، وإن لم يكن فيه سوى الناس رمي الغرقاء فقط.

قُلتُ: قال غير واحد قول اللخمي بطرح الآدمي لنجاة غيره بالقرعة غريب، وربما نسبه بعضهم لخرق الإجماع.

قال بعضهم: لا يرمى آدمي لنجاة الباقين، ولو كان ذميًا، وتقدم البحث في هذا الأصل في مسألة التتريس في كتاب الجهاد، وما قاله اللخمي قاعدة الإجماع على وجوب ارتكاب أخف الضررين لدرء أشدهما شاهدة لقوله، وهي هنا، وإن كانت في إتلاف النفس، وهي فيه لحفظها.

قال القرافي عن الطرطوشي: ويبدأ بطرح الأمتعة، ثم البهائم لشرف النفوس.

قُلتُ: الشرف إنما هو للنفوس الآدمية، وظاهر الروايات اعتبار الثقل، وقلة الثمن.

قال الطرطوشي: وهذا الطرح عند الحاجة واجب لا يدخله الخلاف في دفع الداخل على الإنسان لطلب نفسه أو ماله، ولا في المضطر لأكل الميتة قيل الدفع والأكل واجبان، وقيل: لا لقصة ابني آدم وقوله ﷺ: **«كن عبد الله المقتول، ولا تكن عبد الله القاتل»**(1)، والفرق أن الترك في هاتين الصورتين لترك محرم، وهنا لبقاء المال.

قُلتُ: قوله: (في هذه الصورة لبقاء المال) وهمٌ؛ لأن عدم الطرح أو طرح النفوس دون الأموال موجبة لهلاك المال، والفرق جلي بغير ما ذكر، وهو أن ترك الرمي ملزوم للرمي، وترك قتل الغير ليس ملزوما له، وكذا ترك أكل الميتة ليس ملزوما لأكلها.

القرافي وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يضمن أحد من أهل السفينة إلا من طرح مال غيره، ومن طرح مال نفسه فهو منه، ولو استدعى منه ذلك غيره، ووافقونا فيمن قال: اقض عني ديني فقضاه، وفي رجوع الزوجة على زوجها بنفقتها في غيبته على ولده، والرد عليهم بالقياس على هذه الصورة لجامع السعي في القيام على الغير بواجب؛ لأنهم أجمعين يجب عليهم حفاظ نفوسهم وأموالهم.

وسمع ابن القاسم: لا شيء في المركب، ولا خدمة مما طرح لخوف غرقه.

(1) أخرجه أحمد: 5/ 110، رقم (21101)، وأبو يعلى: 13/ 142، رقم (7215).

ابن القاسم: ولو كان خدمته عبيدًا.

قال مالك: لو خاصموا رب المركب كان جل الغرم عليهم إذ قد تكون قيمة الشيء الكثير فلا أرى عليه شيئًا.

قُلتُ: لم يتكلم عليه ابن رُشْد شيئًا، وتكررت في رسم أخذ يشرب خمرًا قال فيه: ليس في جرم السفينة شيء لو كان جرمه فارغًا نجا إنما كان طرحهم لنجاة أمتعتهم.

ابن رُشْد: قد بين علة قوله: لا شيء فيه، وكذا ليس في قلوعه والأطراف التي تتخلص بها السفينة شيء، وما في جوفه من قارب وحبال فهو مقوم على ربها قاله بعض أهل العلم، وهو صحيح على أهل المذهب.

قُلتُ: فلم يذكر خلافًا في جرم السفينة، وفي الغرم عليه، ثالثها: إن قام دليل على هلاكه لولا الطرح لكافي أبي عمر عن سَحنون مع رواية إسماعيل القاضي، والصقلي عن ابن عبد الحَكم، وسماع ابن القاسم مع قوله، والمتيطي مع الصقلي عن الشَّيخ.

الصقلي: والقياس قول ابن عبد الحَكم؛ لأن بالطرح سلم الجميع.

وقول ابن عبد السلام: قال محمد بن عبد الحَكم: أجمع أصحابنا أن المركب لا يدخل في شيء من حكم الطرح لا أعرفه إنما حكاه.

الصقلي: وفي عدم دخول متاع الفتنة في الغرم قولان لرواية اللخمي، ونقله عن ابن ميسر، وعبر المتيطي عن الأول بالمشهور وعزاه أبو عمر لمالك وأصحابه قال: وخالفهم ابن عبد الحَكم.

المتيطي: مال إليه جماعة من المتأخرين، وهو أصح.

اللخمي: لا وجه لعدم دخول ما كان للقنية قال و:في الغرم على العبيد، ثالثها: إن كانوا للتجر لا للقنية للجاري على قول ابن ميسر.

وقول ابن الجهم: والمعروف ولا شيء على الأحرار اتفاقًا، والعين للقنية لغو.

وفيها: للتجر قولا مالك وابن حبيب، والصواب أنها للتجر والقنية سواء إن كانوا قرب البر أو بحيث لو عطب المركب نجا بها ربها لعومه، وقلتها لم تحسب، وإلا حسبت ورميها لا يرجع به؛ لأنها لا تثقل المركب إن بقيت، ولا يخف بها إن ألقيت إلا أن يكون

في ثقل عدل، والصواب اعتبار عبيد القنية، ولحوق ربها الشركة فيها يمنعه وطء الأمة، واستخدام العبد والأمة والقياس في الأحرار قول المخالف بالرجوع عليهم، وفي جرم المركب إشكال يصح إغرامه لنجاته بالطرح، ولغوه كمن اكترى بغير الحمل شيء فعجز عن حمله بفلاة يهلك بها المحمول إن طرح لرب البعير طرحه، ولو هلك المتاع.

قُلتُ: فيما قاله نظر؛ لأن مسألة البعير إن كانت نجاته بطرح بعض حمله فهو كالمنصوص في السفينة إلا أن يثبت إجماع لمخالفته إياها وهو عسير، وإن كانت بطرح جميعه فهو كالسفينة كذلك.

الصقلي: قال بعض أصحابنا: من ادعى فيما طرح له كثرة، وقال رب المركب: لم يبق عندي إلا أقل رجع إلى ما في التنزيل؛ لأنه العرف، وما في داخل المتاع مما يخفى ذكره في التنزيل يقبل فيه قول ربه إن أتى بما يشبه ملكه.

الصقلي: هو مدع يجب أن لا يصدق.

وقد قال الشَّيخ: إن ادعى في متاعه صفة، وأكذبه الباقون فادعوا أن صفته كذا صدقوا مع أيمانهم، فإن جهلوا ذلك صدق هو مع يمينه.

وقال ابن أخي هشام: يصدق رب السفينة في رميها بعض شحنها لهول أصابه إن كذبه أربابه وليسوا معه في قول ابن القاسم: إلا في الطعام.

ابن رُشْد في سماع ابن القاسم: من طرح متاعه رجوعه على من سلم متاعه اتفاقًا؛ فيشاركه بقدر منابهم، ولمالك في صفة التقويم للاشتراك أقوال.

قال مرة: بقيمة المتاع المطروح، والباقي حيث حمل منه، ومرة حيث يحمل إليه، ومرة حيث طرح، وفي هذا السماع بالثمن الذي اشتروه به إن اشتروه في وقف واحد بموضع واحد على صفة واحدة من نقد أو دين وعلى غير محاباة، فإن اختلف شراؤهم فبالقيمة من حيث حملوه يوم حملوه على ما فسر به ابن القاسم قوله: والقول قولهم فيما ادعوا أنه الثمن دون يمين إن بان صدقهم، ومن اتهم حلف قاله سَحنون في رسم أخذ يشرب خمرًا.

وقوله: لا يمين على من بان صدقه صحيح كما أن من بان كذبه في إتيانه بما لا يشبه

لا يمكن من اليمين، ويشرك له بقيمته يوم الشراء، وإن لم يتبين صدق ولا كذب تخرج يمينه على قولين في لحوق يمين التهمة، وإذا وجبت الشركة رجع من طرح ماله فيما سلم، وأوله بالجزء المسمى للخارج من تسمية المطروح منه مع السالم وعليه.

قال اللخمي: إن كان كل ما بالمركب ألف دينار، والمطروح مائتان شركهم ربه بالخمس؛ فيأخذ خمس السالم، وهو ثمان مائة خمسها مائة وستين ومنابه في الرمي الخمس، وهو أربعون، وذلك تمام المائتين، وإن رمي نصف متاعه، وهو مائة رجع بعشر ما سلم لأصحابه، وهو ثمان مائة عشرها ثمانون ومنابه في المائة التي سلمت له عشرة وذلك تسعون، ومنابه من التي رميت عشرة، وهو تمام المائة، وإن رمي جميع ماله، وهو مائتان ونصف مال الآخر؛ فذلك ثلاثة أعشار الجميع يرجع من رمي كل ماله على من لم يرم له بالخمس يأخذ من الستمائة خمسها مائة وعشرون، وعلى من رمي نصف متاعه بخمس السالمة، وهو عشرون فجميع ما صار له مائة وأربعون وتبقى عليه ستون هي التي من جملة الرمي؛ لأنها ثلاثة أعشار الجميع، ويرجع من رمي نصف متاعه في الستمائة التي سلمت بعشرها وهو ستون؛ لأن الذي رمي له العشر في يده بعدما رجع عليه صاحبه ثمانون؛ فذلك أربعون ومائة تبقى عليه ستون، وهي ثلاثة أعشار ما تبين هي التي تنوبه من جميع الرمي.

الصقلي عن الشَّيخ: من طرح بعض ماله سقط عدل ما سلم له من مال من بقي كل ماله في الشركة، وشرك من طرح بعض ماله من لم يطرح له شيء في عدل ما طرح له من مال من لم يطرح له شيء.

قال: فإن كان قيمة ما رمي مثل ما سلم كان لمن رمي ماله نصف ما سلم، وإن كان قيمة ما رمي مثل قيمة ما سلم كان لرب ما رمي ثلث السالم، وإن كان إنما رمي نصف متاعه اختص من لم يرم له شيء بنصف متاعه، ويكون شريكًا لهم في النصف الآخر بقدر قيمة متاعه من قيمة متاعهم، وما خرج بعد رميه كان قدر نقصه كرمي وإخراجه على ربه.

قُلتُ: ويجب إضافة قيمة إخراجه لنقصه كجزء منه.

قال: ولو رمي بعض المتاع، ثم عيب باقيه ببلل شرك من رمي متاعه بقيمته لمن عيب متاعه بقيمته سليما بموضع وسقهم؛ لأن حدوث عيب بلله من جميعهم إن كان حين الرمي سليما أو ما عيب قبل الرمي حسبت قيمته معيبًا في موضع وسقهم.

وصلح ذي السالم ذا المرمي بدنانير على ترك الشركة جائز بعد معرفتهما ما وجب لكل منهما، ولو خرج المرمي بعد الصلح انتقض منه مناب قيمة ما خرج لوجوب اختصاص ربه به ونوقض رجوعه لربه بعدم رجوع الدابة بعد غرم قيمتها من تلف بتعديه وأجاب بأن الدابة ضمنها المتعدي بتعديه والمرمي لم يضمنه أحد بحال.

وسمع القرينان في كتاب الشركة: إن اختلط طعام بسفينة فليس لبعضهم بيع طعامه بطريقتهم إلا برضى أصحابه خوف أن يكون بأسفله عيب أو يمطروا، فإن أذنوا له فلا تباعة عليه فيما يجدون من فساد.

ابن رُشْد: مناقضته بعضهم بسماع ابن القاسم في أكرية الرواحل: إن حمل قومًا طعامًا بسفينة اكتروها، فأخذ أولهم من وراء بمنزلة خطة، ثم غرقت فلا تباعة لأصحابه، ولو لم يأذنوا إلا أن ينقص الكيل فيغرم منابه فيه يرد بأن معنى الأول أن كراءهم كان لموضع واحد والثاني على أنه لمنازلهم، وفساد الطعام ببلل كنقص كيله إلا أن يعلم أنه بعد أخذه طعامه، وسواء كان الخلط اختيارًا أو عارضًا.

وسمع ابن القاسم: إن مروا بسفينة بها طعام على قرية أكري منها على حمل طعام ووضعه فوق بابها فابتل أسفله دون أعلاه فهو على جميعهم للزوم شركتهم بالخلط.

اللخمي عن سَحنون: ليس لأحد الشريكين منع شريكه في سفينة أن يحمل في نصيبه منها إنما له أن يحمل مثله أو يدعوهم للبيع.

اللخمي: إن وسق أحدهما فلم يجد الآخر ما يسق كان لمن وسق السير بها؛ لأن وسقه بحضرته رضى بسفره، ولو كان غائبًا كان له دعاؤه للبيع، فإن صارت كغير من وسق أمر بحطه.

وعزا الصقلي قول سَحنون للعتبية قال عن الشَّيخ: لو أصلح أحد الشريكين خرق سفينة بينهما بغير إذن شريكه خير في إعطائه نصف ما أنفق، وأخذ نصف قيمتها مخروقة

إن شاء ذلك الشريك المصلح، وإلا شركه بزيادة صلاحه إن كانت قيمتها مخروقة مائة ومصلحة مائتين كانت بينهما أرباعا.

اللخمي: ومثله إن كانت دارًا لا تنقسم، ولو كانت تنقسم كانت على قول عبد الملك في أرض بين شريكين بنى أحدهما أنها تقسم، فإن وقع البناء لبانيه كان له، وإلا أخذ قيمته منقوضًا.

وفيها: مع غيرها من استأجر فسطاطا أو غرائر أو آنية صدق في ضياعها، وروى أشهب فيمن اكترى جفنة فادعى ضياعها ضمنها إلا أن يقيم بينة به.

ابن حارث: اختلف في ضمان ما يغاب عليه؛ فذكر روايتي ابن القاسم وأشهب في الجفنة.

اللخمي: يصدق المستأجر في الضمان، وذكر ابن سَحنون قولا آخر أنه لا يصدق.

وقال أشهب: فذكر ما تقدم.

الصقلي عن محمد: إنما الرواية في دعوى كسرها لقدرته على تصديق نفسه بإحضاره؛ فلقيتها ويصدق في الضياع، وفي رواية فأين فلقتاها محمد إلا أن يقول سرقتا أو تلفت، فإن كانت بموضع يمكنه إظهارها لم يصدق، وإلا صدق.

اللخمي: إن لم يأت بفلقتيها لم يصدق في دعوى كسرها إلا أن يكون في سفر؛ فيقول لم أتكلف في حملها.

وسمع القرينان في تضمين الصناع: من اكترى جفنتين بالضمان ما أرى ذلك، فإن وضع من كرائها شيئًا للضمان أبلغ له كراؤهما.

قيل: فإن قال: سرقتا.

قال: لا أرى هذا يجوز له إن انكسرتا فأين فلقتاهما أراه ضامنا لهما لا للشرط لكن لعدم علم ما ذكر.

ابن رُشْد: كذا وقعت هذه المسألة في الأمهات ناقصة سأله عن دعوى سرقتهما، فأجابه عن دعوى كسرهما، ومدلول مذهبه أنه مصدق في دعوى السرقة، وأنه لما سأله عن ذلك قال: هو مصدق، فقال له: فإن زعم أنهما انكسرتا، فذكر جوابه المتقدم فسقط

ذلك من الأصل الذي نقل منه العُتْبِيّ فاتفقت الأمهات على ذلك، وحكم كراء العروض بشرط الضمان على هذا السماع حكم بيع الثنيا يفسخ إلا أن يسقط الشرط، فإن لم يعثر على ذلك حتى فات الكراء ففيه الأكثر من المسمى أو كراء المثل دون شرط لقوله إن كان وضع من الكراء شيئًا من الكراء أبلغ كراؤهما إذ لو وجب فسخه في القيام بكل حال لقال له في الفوات كراء المثل بالجمع، وقوله في الكسر ليس بخلاف لقول ابن القاسم في الضياع، وما وقع في المدَوَّنة من رواية أشهب: ليس بنقل صحيح إنما رواية تضمينه في الكسر، ولا أعلم خلافا أن المكتري مصدق في دعوى ضياع ما اكترى من العروض إلا ما في الدمياطية لابن القاسم.

قال: وسئل عمن يكتري الدابة بالضمان.

قال: لا خير فيه، ويرد إلى كراء من لا ضمان عليه.

قيل: وكذا كل الأشياء.

قال: ما أدري ما كل الأشياء.

قيل: المناجل والحديد.

قال: أما الحديد فهو له ضامن.

ابن رُشْد: يريد: بالحديد متاع الحديد الذي يعرف بعينه كالمساحي، والسكك إذ لا يجوز كراء ما لا يعرف بعينه إذا غيب عليه، وقوله: بضمانه شذوذ في المذهب، وقوله: فيمن أكرى دابة بالضمان لا خير فيه، ويرد إلى كراء مثله ممن لا ضمان عليه ظاهره كان أكثر من المسمى أو أقل، ومعناه إن فات الكراء، ويفسخ قبل فوته، ولو ترك المكري شرطه، وهو القياس خلاف سماع أشهب، وعلى المعروف في تصديقه في ملزومية التلف سقوط الكراء قولا لغير ابن القاسم فيها.

الصقلي: وبالأول أخذ سَحنون قائلا في قول ابن القاسم هذه عراقية يصدقه في الضياع يغرمه في الكراء.

اللخمي: اختلف إن قال بعد الأجل ضاع قبل ذلك، فقال ابن القاسم: لا يصدق ويغرم الأجرة إلا ببينة أو يسلم أنه ذكر ذلك قبل فيحلف، ويكون عليه من الأجر

للوقت الذي سمع منه، وقال أشهب: القول قوله، والأول أحسن إن كان في حضر، وفي السفر يقبل قوله مع يمينه.

وفي العارية منها لمالك: من استعار دابة فركبها لموضع فلما رجع زعم ربها أنه إنما أعارها لموضع دون ما ركبها إليه أو لبلد آخر؛ فالقول قول المستعير إن ادعى ما يشبه عبد الحق.

قال سَحنون: يعني في دفع ضمانها لا في الكراء.

وقال بعض شُيُوخنا: القول قوله في الضمان والكراء.

الصقلي: قال بعض فقهائنا: ناقض كل من ابن القاسم وسَحنون قوله في دعوى المكتري الضياع بقوله في مسألة العارية.

الصقلي: لا تناقض والفرق لابن القاسم بينهما؛ لأن المكتري مقر بالكراء مدع إسقاطه فعليه البيان.

وفي العارية: المعير مقر بالعارية مدع عداء المستعير فوجب قبول قوله؛ لأنه مدعى عليه.

والفرق لسَحنون أن الأصل براءة الذمة من غرم العداء؛ لأن وضع يد المستعير على الدابة بإذن فكان القول قوله في عدم عدائه، والأصل في تناول مال الغير غرم عوضه لا عطيته فكان القول قول المعير أن المنفعة التي أقر المستعير بقبضها ليست عطية فوجب غرم عوضها، وهذا إن أقر المستعير بركوبه المسافة المتنازع فيها، وإنما يشبه ضمان الرقبة ضمان الكراء لو تعدى على دابة رجل فركبها فهلكت تحته، وادعى أن ربها وهبها له كان القول قول ربها، وعلى هذا الضمان حتى يثبت ما ادعى.

قال ابن عبد السلام عقب ذكره: وفي هذا الجواب نظر.

قُلتُ: والإنصاف بعد التأمل تمامه، وبيانه أن حاصل قول ابن القاسم أنه قبل قول المستأجر في التلف، وثبوته ملزوم لعدم انتفاعه بالمستأجر، وعدم انتفاعه ملزوم لسقوط الأجرة فلم يجعل تصديقه في الملزوم تصديقًا في لازمه.

وفي العارية: لما قبل قوله في عدم تعديه في ركوب المسافة المتنازع فيها قبل قوله في لازمه، وهو سقوط عوضه، وعكس سَحنون فجعل قبول قوله في الملزوم موجبًا لقبول قوله في ثبوت لازمه في مسألة الإجارة لا في مسألة العارية فالتفريق لابن القاسم بأن اللازم في الإجارة المستأجر مقر بثبوت موجب نقيضه، وهو عقد الكراء الموجب للكراء الذي هو نقيض اللازم المذكور الذي هو سقوط الكراء في مسألة العارية هو غير مقر به، وهذا فرق واضح.

وحاصل قول سَحنون أنه جعل في مسألة الإجارة تصديقه في الملزوم، وهو الضياع موجبا لتصديقه في لازمه، وهو سقوط الكراء وإلغاء ثبوت موجب نقيضه فيها، وفي مسألة العارية جعل تصديقه في الملزوم، وهو عدم عدائه في ركوب المسافة المتنازع فيها غير موجب لتصديقه في لازمه، وهو سقوط كرائه فتفريق الصقلي له بأنه إنما لم يصدقه فيه لثبوت موجب نقيضه، وهو كون الأصل في تناول مال الغير غرم عوضه يرد بأنه كذلك في مسألة الإجارة موجب ثبوت نقيضه قائم، وهو إقرار المستأجر بعقد الكراء فحينئذ سؤال الفرق قائم، وهو أن يقال لم اعتبر ثيوت موجبه نقيض اللازم في مسألة العارية، وألغاه في مسألة الكراء.

وحاصل نوع هذا الإبطال القول بالموجب، وهو الذي يعبر عنه الفروعي بقوله: هذا الفرق يفتقر لفرق، ودفع التناقض عن الشَّيخين أنه يقول الموجب لثبوت نقيض اللازم المذكور في مسألة الإجارة هو إقرار المستأجر بعقد الكراء، وهذا الموجب قوي الدلالة من حيث كون دلالته على مدلوله، وهو لزوم الكراء خاصة به لا عامة فيه، وفي غيره ودلالة الخاص أقوى من دلالة العام وضعيفها من حيث عدم استقلالها بإيجابه لتوقف وجوبه على انقضاء المنفعة، والموجب لثبوت نقيض اللازم في مسألة العارية قوي، وهذا أن تناول مال الغير يوجب عوضه من حيث استغلاله؛ لأنه كلما أثبت موجبه ليس كالعقد الذي يفتقر معه إلى استيفاء المنفعة وضعيف من حيث كون دلالته على هذا العوض من حيث عمومه لا من حيث خصوصه به والدلالة من حيث العموم

أضعف من الدلالة من حيث الخصوص إذا تقرر هذا فابن القاسم اعتبر الموجب لنقيض اللازم في مسألة الإجارة لرجحانه بما ذكر، وإلغاء اعتبار المال على النقيض في مسألة العارية لمرجوحيته بما ذكر وسَحنون اعتبر الموجب للنقيض في مسألة العارية لرجحانه بما ذكر وألغاه في مسألة الإجارة لمرجوحيته بما ذكر ابن الحاجب، وفي ضمانه ما أجره لغيره، ثالثها: المشهور إن كان في مثل أمانته لم يضمن.

ابن عبد السلام: إطلاق هذا الكلام في كل مستأجر من دار وعبد وغيرهما لا يصح، ويقتضي كلامه أن مكترى الدابة إن أكراها ممن ليس مثله في حفظه إياها، وخفت أنه لا ضمان عليه في قول، وهذا لا يوجد ونحوه قول ابن هارون: لا يوجد هذا الخلاف، ثم حكى حكم إكراء المكتري ما اكترى، وقد تقدم.

قُلتُ: تعقبهما عليه بالدار والعبد فيه نظر؛ لأنه إنما ذكر هذا كالفرع على ما ذكر فيه الخلاف في قوله المستأجر أمين على الأصح، وهذا الخلاف إنما هو فيما يغاب عليه، والقول الثاني هو الذي لم يوجد بحال ودعوى المستأجر رد ما استأجر ذكر في القراض.

[كتاب ضمان الصناع]

الصانع المنتصب لبيع صنعته بمحله ضامن ما قبضه كذلك.

[باب الصانع المنتصب للصنعة]

اللخمي: المنتصب من أقام نفسه لعمل الصنعة التي استعمل فيها كان بسوقها أو داره، وغير المنتصب من لم يقم نفسه لها، ولا منها معاشه[1].

---

(1) قال الرَّصاع: (فإن قلت): وقع في المدَوَّنة كتاب تضمين الصناع، ورأيت لبعض المشايخ تقييدًا يقول فيه ما سر كون الشَّيخ لم يعرف هذه الترجمة كما عرف بيوع الآجال لقبا، وإضافة، وقال في جوابه: لأنه غلب ذلك في المعنى اللقبي، ورأيت لبعض المشايخ أن قولها تضمين الصناع يظهر فيه أنه لقب فقط بخلاف بيوع الآجال.

قال: والشَّيخ لم يعرف المعنى اللقبي من هذا اللفظ في مختصره، ونقل عنه أيضًا أنه يمكن أن يقال صفة حكمية توجب عدم الشيء جائزة بتلفه بسببه لا بسبب غيره، وفي هذا الرسم بحث لا يخفى من أوجه عديدة، ولعل الناقل لم يتقن نقله وفهمه، ونقل عنه في رسم الصانع أنه قال: الصانع هو بائع منفعته من غيره.

قُلتُ: هذا فيه بحث لا يخفى لصدقه على الأجير والأجير غير الصانع عرفا لاختلاف لفظهما ولوازمهما، ثم نقل عنه أنه قال: ما ذكرته في مختصري هو حكم الصنعة لا تعريفها، وهذا الكلام كله لم أثق بنقله عنه، ثم رأيت بخط بعض تلامذته ما نقل عنه، وقد ذكرنا ما يغني عنه والله سبحانه الموفق.

والذي في مختصره في تعريف الصانع أنه المنتصب لبيع صنعته بمحله، وهذا يصلح أن يكون تعريفا للصانع الضامن، ثم نقل عن اللخمي أنه قال: المنتصب من أقام نفسه لعمل الصنعة التي استعمل فيها بسوقها أو داره، وغير المنتصب من لم يقم نفسه لها، ولا منها معاشه؛ فظاهر كلامه أن هذا رسم للصانع المنتصب، وفيه ذكر الصنعة في رسمه، ولا يخفى ما فيه إلا أن يقال الصانع معلوم، وإنما وقع التمييز للمنتصب منه، ثم قال الشَّيخ: ظاهره ولو كان انتصابه لجماعة خاصة، ثم ذكر عن عياض: أن الخاص لجماعة لا ضمان عليه قال: ونحوه لابن رُشْد.

(فإن قلت): الشَّيخ رحمه الله: لم يعرف الصنعة كما عرف الإجارة.

قُلتُ: الإجارة قد عرفها ويصدق على الصنعة تعريفها غايتها أنها اختصت باسم يخصها كالأصناف تحت نوع فلا تخرج عن حد الإجارة كما يقال الإنسان والصقلبي لا يقال بأنها خارجة عنها؛ لأن اختلاف اللوازم يؤذن باختلاف الملزومات، ومن لازم الإجارة عدم الضمان، ومن لازم الصنعة =

قُلتُ: ظاهره، ولو كان انتصابه لجماعة خاصة.

ونص عياض: أن الخاص بها بجماعة دون غيرهم لا ضمان عليه، ونحوه لابن رُشْد في المقدمات، ونحو لفظ اللخمي سماع عيسى لا ضمان على الصانع حتى يكون نصب نفسه للعمل.

الصقلي إثر سماع عيسى: قال بعض شُيُوخنا: معناه أنه عمله بغير أجر، ولو أخذ عليه أجرا صار صانعًا فيضمن، وحكى أنه منصوص للمتقدمين.

قُلتُ: ففي ضمانه بمجرد نصبه نفسه أو بقيد عمومه للناس قولان لظاهر سماع عيسى مع بعض شُيُوخ الصقلي، وطريق عياض مع ابن رُشْد.

الباجي: ضمان الصانع مما أجمع عليه العلماء.

القاضي: أجمع عليه الصحابة.

وحكى ابن رُشْد أن الشافعي قال في أحد قوليه: لا ضمان على الصناع، ولو عملوا بأجر.

وفيها: قضى الخلفاء بتضمين الصناع، وهو صلاح للعامة، وما قبضوه بغير بينة أو عملوه بغير أجر كغيره، وما عمله الصناع في بيتك لم يضمنوه، وإن ضاع وكذا كل ما لم يسلمه إليهم إلا أن يتعدوا.

الضمان؛ لأنا نقول ضمان الصانع خارج عن أصل قياس الأجير لكن أجمع عليه العلماء للمصلحة العامة فيه واللازم هنا لم يختلف من أصله لكن لعارض عرض له، وقريب من هذا وقع الجواب به للشيخ في نظير ذلك، وأنه سبب إيجاب لاحق لا ينافي السابق، وأيضًا ضمان الصانع ضمان تهمة لا ضمان أصالة.

(فإن قلت): الصانع المنتصب للصنعة قد ذكر فيه القيود المذكورة، ولم يذكر في تسليم صنعته هل هو كمعين مبيع أو مضمون؟.

قُلتُ: ذلك لا يخل برسمه بوجه؛ لأن ذلك إنما هو بعد تقرر سبب الضمان وبيانه أنه إذا قامت البينة على هلاك المصنوع بعد صنعته وكان منتصب،ا فقال في المدَوَّنة: لا ضمان عليه، ولا أجر للصانعن وقال ابن المواز: بعدم الضمان وثبوت الأجر؛ لأنه رأى أن الصنعة كمبيع مضمون، وابن القاسم رآها كمبيع معين، والله سبحانه أعلم وبه التوفيق، وبفضله ومنته يوصلنا إلى معرفة التحقيق.

اللخمي: لا يصدق المنتصب في دعواه التلف، وفي تصديقه في الرد خلاف.

قُلتُ: يأتي بيانه.

اللخمي: يختلف إذا عمله الصانع في حانوت نفسه بحضرة ربه.

قال محمد: يصدق الصانع في تلفه، وفي الواضحة في مثل هذا أنه يضمن، وليس بحسن.

وسمع ابن القاسم: من أتى بثوب لصانع في حانوته يكمده له فلم يزل عنده حتى قطعه من غير تعد، ولا تفريط ضمنه، ولو لم يغر من نفسه.

ابن رُشْد: ضمانه صحيح لا اختلاف فيه؛ لأن الأصل فيما أخذه لذلك ضمانه إلا أن يكون فساده بأمر غالب كالنار فلا يضمن إلا أن يثبت.

ابن رُشْد: تفريطه أو تضييعه حسبما مر في رسم سن من سماع ابن القاسم أو ما فيه غرر من الأعمال على ما في نوازل أَصْبَغ، وقول ابن القاسم بضمانه ما قطعه من غير تعد، ولا تفريط وصاحبه معه صحيح على أصولهم إذ لا أثر له فيما يلزمه من حكم الضمان لكون ربه معه.

وقد قال أَصْبَغ: إن كمد معه ربه فأصابه حرق إن كان من كمد ربه فلا شيء على الكماد، وإن كان من كمد الكماد ضمنه، وإن جهل فهو بينهما؛ قاله في بعض روايات العتبيَّة.

وقال ابن لبابة فيه: أنه جيد صحيح، وأدخله الشَّيخ في النوادر من العتبيَّة وقال إنه في الواضحة والموازيَّة، وقوله: إن جهل فهو بينهما معناه أنهما قالا معًا لا ندري ممن هو، ولو قال: كل منهما أنه من صاحبه حلفا معًا، فإن نكلا معًا غرم الصانع نصفه، ومن حلف منهما، ونكل صاحبه سقط غرمه، وكان كله على الناكل.

وقال ابن دحون: تضمين ابن القاسم الكماد بقطعه، وصاحبه معه غير مستقيم كل من حضر عمل متاعه، ولو في دار الصانع وحانوته فاحتج فيه بخط أو قطع دون تعمد فلا ضمان على الصانع إنما يضمن إذا لم يحضر رب المتاع، وإنما قال ابن دحون: هذا قياسًا على قولهم في الكراء على الطعام أنه لا يضمن إن كان ربه معه، وما أصاب في

قياسه؛ لأن قطع الثوب علم أنه من عمل الكماد، ولا أثر لحضور رب الثوب بخلاف الطعام الذي إنما يتهم فيه بالغيبة عليه.

قُلتُ: في قصره احتجاج ابن دحون على القياس على الطعام نظر لاحتمال أن يكون احتجاجه بما نقله غير واحد منهم.

الباجي: قال: قال مالك في الموازيَّة: لا يضمن من دفعت إليه لؤلؤة ليثقبها فكسرها.

قال أَصْبَغ في العتبيَّة: أو خرم موضع الثقب، ولو تعدى الثقب ضمن.

قال مالك وابن القاسم وأشهب: وكذا القوس تدفع لمن يعمرها، والرمح لمن يقومه، والفص لمن ينقشه.

قال ابن حبيب: والدابة يصرعها البيطار، والسيف يقومه الصيقل؛ فيكسر ذلك والطبيب يكوي العليل فيموت والخاتن يختن الصبي فيموت من ختانه، والحجام يقلع الضرس فيموت صاحبه أنه لا يضمن أحد من هؤلاء؛ لأن الغالب في هذه الغرر، فإذا أذن فيه صاحبه وعمل فيه المعتاد لم يضمنه الصانع، وإنما يضمن بالتعدي أو بتلف بغير بينة، فإن قلت: لو كان لهذا ما شرط حضور ربه.

قُلتُ: أما شرطه لثبوت عدم عداه كالبينة على التلف.

وفيها: إن دعاك الصانع لأخذ الثوب، وقد فرغ منه فلم تأخذه فهو له ضامن حتى يصير إلى يدك.

قُلتُ: نحوها قولها في الرهن: لو قبض المرتهن دينه أو وهبه للراهن، ثم ضاع الرهن ضمنه المرتهن، وخلافه في الاستبراء، وهو قولها لو أمكنه البائع من الرابعة فتركها عنده حتى حاضت فحيضتها استبراء للمشتري؛ لأن ضمانها كان منه؛ لأنه استودعه إياها كما لو وضعها عند غيره، ومعنى مسألة الصانع: إن لم يقبض أجره ونحو هذا تقدم في معنى المحبوسة بالثمن.

وقال اللخمي: في مسألة الصانع يريد: أنه لم يحضره، ولو أحضره مصنوعًا على ما شورط عليه، وقد دفع الأجرة، ثم تركه عنده لصار بيده وديعة.

اللخمي: إن أقر الصانع بتلف المصنوع يوم قبضه غرم قيمته يومئذ، وإن ادعاه بعده، وقيمته أقل منها يوم قبضه، ولو قامت بينة برؤيته عنده أمس، وقال: ضاع اليوم ففي كونه كالأول، وغرم قيمته لآخر يوم رئي عنده.

وفي المقدمات: قيمته يوم قبض إلا أن يقر أن قيمته يوم ضاع أكثر منها يوم قبض؛ فيغرم قيمته يوم أقر، ولو ظهر عند الصانع بعد قبضه بمدة غرم قيمته يوم ظهر عنده، وإن كانت قيمته يومئذ أقل منها يوم قبض، وكذا الرهن والعارية، وفي موضع من سماع عيسى من الرهن: يضمن قيمته يوم ضاع وتأويله عندي أنه ظهر عنده في الوقت الذي ادعى تلفه فيه؛ لأن قيمته يوم ضاع قد تكون أقل منها يوم الرهن، فإن لم يظهر عنده من حين رهنه لم يصدق في وقت تلفه كما لا يصد في تلفه.

وتأول بعض الشُيُوخ قوله في الرواية: يغرم قيمة الرهن يوم ضاع على أنه لم تعرف له قيمة يوم الرهن؛ فيغرمها يوم ضاع على ما يقر به من الصفة مع يمينه، وهذا بعيد، وما تأولناه هو الصحيح، ويؤيده ما في سماع أَصْبَغ من كتاب الوديعة لابن القاسم و أَصْبَغ.

قُلتُ: فجعل ابن رُشْد القول هو الذي أثبته اللخمي تخريجًا.

اللخمي: اختلف لو قطع الثوب، ثم غاب عليه بعد قطعه، ففي الموازيَّة عليه قيمته صحيحًا، ولو قطع منه ثوبين ادعى تلف أحدهما غرم قيمة نصف الشقة صحيحة لا قيمة نصف غير صحيح.

ولابن القاسم في مختصر ما ليس في المختصر: يغرم قيمته مقطوعًا؛ وهو أحسن؛ لأنه إنما غاب عليه مقطوعًا، ولو أفسده بخياطةٍ أو قطع فعلى قولها يغرم قيمته صحيحًا.

وقال ابن شعبان: إن أفسده بالقطع غرم قيمته مقطوعًا، وهذا فقه حسن، وهو على قول ابن القاسم: إن غاب عليه غرم قيمته مقطوعا، فإذا كان الفساد في القطع غرم قيمته صحيحا على حال ما غاب عليه.

قُلتُ: وقال أبو حفص: إن قطع الخياط الثوب، ولو بحضرة ربه في حانوته غرم

قيمته صحيحا، وإن أفسده بالقطع ضمن الذي يذهب به.

قُلتُ: والصواب العكس أو يكون عليه الأكثر من قيمته يوم قبضه برفع العداء عنه في القطع إن كانت قيمته يوم القبض أكثر، ويوم تعديه بالقطع.

وفي سقوط ضمانه ببينة بتلفه قولها، وتخريج اللخمي من قول أشهب في الرهن والعارية.

وقوله في الورثة: يقسمون العين فيطرأ دين بعد هلاك العين بأيديهم ببينة مع نقل الصقلي عن أشهب.

وقول الباجي: المشهور عن أشهب أنه ضامن مع البينة، وصوب اللخمي القول الأول لبقاء ملك ربه عليه، وإنما ضمن للتهمة.

وفيها: ما قامت بينة أنه ضاع أو سرق أو احترق بمعاينة بينة بغير سبب الصانع لم يضمنه، ويضمن قرض الفأر إذ لا يعرف، ولو علم أنه قرضه من غير تضييع، وقامت به بينة لم يضمن.

الصقلي عن محمد: لا يضمن إن قامت بينة أنه قرض فأر، ولم يكن ضيع.

وقال ابن حبيب فيه وفي المرتهن إذا قامت بينة: إنه قرض فأر أو لحس سوس، وادعى رب الثوب تضييعهما أو أنكرًا صدقًا، وعلى رب الثوب البينة بتضييعهما؛ لأن قرض الفأر ولحس السوس غالب، والتعدي لا يثبت بالدعوى.

الصقلي: ظاهر المدَوَّنة أن عليه البينة ما ضيع؛ لأن الثوب بيده على الضمان؛ لأن البينة لو رأت الثوب في النار لم يسقط ضمانه حتى يعلم أن النار من غير سببه.

وقال ابن حبيب في لحس السوس في الرهن: أنه يحلف ما ضيع فكذا في قرض الفأر، وللخمي في ذلك كلام ذكر في الرهن: وإن تلف المصنوع بعد صنعه قبل قبضه ربه فلا أمر لصانعه، ولو لم يضمنه في تضمين الصناع منها إن احترق الثوب عند القصار أو أفسده أو ضاع عنده بعد القصارة ضمن قيمته يوم قبضه أبيض، وليس لربه أن يغرم الصانع قيمته مصبوغًا، ويعطيه أجره.

وفي الرواحل منها: إن قامت بينة بفراغه وهلاكه لم يضمن الصانع، ولا أجر له.

الصقلي عن محمد: إن قامت بينة بفراغه وهلاكه وجب لصانعه أجره، وسقط ضمانه بناء على أن تسليم الصنعة كمبيع معين أو مضمون.

وسمع أَصْبَغ أشهب: إن أفسد الطحان القمح بطحنه على أثر نقش الحجارة ضمن مثل قمحه، وقاله أَصْبَغ إلا أن يكون علم بالعيب بالأثر ورضي، وسأله عنه ابن القاسم إن نقص الدقيق فقال: يضمن الطحان ما يخرج مثل قمحه من الدقيق.

ابن رُشْد: إن أغرمه مثل قمحه على قول أشهب كان عليه طحنه، وليس له أن يغرمه مثل الدقيق سالما، ولو رضي الطحان به لم يجز؛ لأنه شراء دقيق بقمح وأجره فيدخله التفاضل، ويجوز على قول ابن أبي مسلمة أن الطحن صنعة، وقول ابن القاسم في نقص القمح: يضمن ما يخرج مثله قمحه من الدقيق خلاف قوله فيها: لا يضمن الثوب مصنوعًا، والآتي على قوله وروايته: غرم الطحان من القمح ما يخرج منه قدر نقص الدقيق، فإن كان القمح ثمانية أقفزة، ويخرج دقيقًا تسعة أقفزة، ولم يوجد فيها إلا ثمانية غرم ثمانية أتساع قفيز من قمح يطحنه له، ويستحق جميع أجره، وإن لم يطحنه سقط ما ينوبه، وهو تسع الأجرة، ولا يجوز أخذ النقص دقيقًا؛ لأنه تفاضل بين القمح والدقيق.

وقال ابن دحون: كان الأصل أن يغرم قمحًا ويطحنه؛ فاستخف ابن القاسم فضمنه دقيقًا، وهذا غير صحيح؛ لأنه لو وجب له قمح ما جاز له أخذ دقيق أكثر منه وبالأجرة، وإنما قال: يأخذه بالدقيق؛ لأنه رآه الواجب له على قياس ضمان القُصَّار الثوب مصنوعًا.

وفي الموازيَّة: يلزمه ذلك إذا ضاع بعد القصارة، ففي غرم الصانع قيمة المصنوع يوم قبضه، ولا أجر له أو قيمته معمولًا، وله أجره، ثالثها: إن ضاع قبل العمل لها، ولابن القاسم في هذا السماع ولمحمد.

ولما ذكر اللخمي قول ابن القاسم: يغرم الطحان نقص القمح دقيقًا، وقول محمد: يغرمه قمحًا.

قال: قولي ابن القاسم: لأن شأنهم بمصر دفعه للطحان وزنًا، ويأخذه

دقيقًا وزنًا.

ابن رُشْد: وقال التونسي: قول ابن القاسم هذا على قوله في سماع يحيى في الرواحل في الكرى يبيع الطعام الذي استكري على حمله ببعض الطريق، ولو قال قوله في الكرى على قوله في هذه كان أشبه؛ لأن هذه جارية على أصل فهي أشبه أن تكون أصلًا لا فرعًا، ولا يدخل شيء من هذا الخلاف في مسألة أشهب؛ لأنها مسألة أخرى.

فقول العتبي: وسئل عنه ابن القاسم إذا نقص الدقيق غلط والصواب: سئل ابن القاسم إذا نقص الدقيق بإسقاط عنه.

اللخمي: ويضمن الفران ما يأخذه من قمح لطحنه وعجين لخبزه كالصناع، ويختلف في القمح هل يضمنه قمحًا أو دقيقًا، وفي العجين هل يضمن مثله أو قيمته، وحامل ذلك إلى الفران ضامن إن ادعى التلف، وإن لم يكن صانعًا؛ لأنه حامل طعام، ولو قال الحامل: سلمته للفران، وكذبه الفران حلف، وضمن الحامل، ولو اختلفا بعد تسليمه في رده إلى حامله حلف الحامل ما أخذه منه، وغرم الفران، فإن قال أحدهما: صدق وصل إلي وضاع عندي برئ من ادعى تسليمه؛ لأن الشأن تسليم ذلك دون بينة وضمن الآخر.

وفي لغو شرط الصانع طرح ضمانه ولزومه؛ نقل الشَّيخ مع اللخمي عن ابن القاسم مع مالك، ونقل الشَّيخ مع ابن رُشْد عن سماع أشهب، ونقلهم مع الباجي عن أشهب، ونقله ابن الحاجب رواية، وقبوله ابن عبد السلام وعزوها ابن شاس لأشهب؛ لا أعرفه.

ابن رُشْد: فعلى الأول له أجر المثل، وعلى الثاني المسمى، وقيد اللخمي قول أشهب ما لم يكثر منه، وعلى لغوه ففي صحة العقد، وسقوط الشرط، ويخير الصانع في إسقاطه ليتم العقد، ويمسكه به فيفسخ، ثالثها: لزوم فسخه لنقلي اللخمي، وتخريجه على قول مالك: بفساد إجارة الراعي شرط عدم تصديقه فيما يهلك، وله أجر مثله.

قال: وعلى الثاني إن عمل فله الأكثر من المسمى.

الباجي لابن حبيب عن أَصْبَغ: من أعطى لصانع ثوبًا، وقال له: يكون عندك

حتى آتي فأعاملك فيه فضاع ضمنه؛ لأنه تركه عنده على العمل لا على الأمانة.

ابن الحاجب: لو باعه دقيق حنطة على الكيل، وعليه طحنها؛ فالضمان على البائع.

ابن عبد السلام: إذا كان المبيع الذي فيه حق توفيه من دقيق، وشبهة ضمانه من بائعه حتى يقبضه مبتاعه بعد كيله لو وزنه فكيف إذا كان قبل طحنه، وإنما ينبغي أن يذكر هذا إذا باع حنطة على أن على البائع طحنها هنا إن قلنا بالجواز يمكن أن يقال أنه بيع، وإجارة فهل يضمنه مطلقًا أو ما لم تقم بينة بتلفه، والمنصوص وجوب الضمان من البائع فهذا هو محل الإشكال.

قُلتُ: قوله المنصوص وجوب ضمانه البائع لا أعرفه فيما ذكره بحال بل نقل الشَّيخ في نوادره عن سماع عيسى ابن القاسم جواز بيع الثوب على أن بائعه أن يخيطه له، والقمح على أن على بائعه طحنه.

قال سَحنون: وإن ضاع هذا كله الذي أجازه مالك لم يضمن، ويحط عن المبتاع قدر الخياطة، وطحن القمح من الثمن إلا أن يكون بائعه ممن يعمل تلك الصنعة؛ فيضمن كالصناع.

ابن رُشْد: قول سَحنون هذا إنما هو تفسير للحكم على قول مالك بإجازة هذا البيع على هذا الشرط، والحكم فيه على قول سَحنون أن يكون ضمانه من بائعه على كل حال، ولو قامت البينة بتلفه، ولو كان ممن لم ينصب نفسه لتلك الصنعة؛ لأنه بيع فاسد تلفت فيه السلعة بيد بائعها، وعلى قول مالك: إن تلف الثوب بيد البائع، وهو صانع منتصب للعمل ضمن قيمته يوم البيع غير معمول، وفض الثمن الذي بيع به على الثوب والعمل؛ فكان للبائع منه مناب الثوب، فإن كان له فضل أخذه، وإن كان عليه أداه، وإن قامت بينة بتلفه لم يضمنه وفض الثمن على الثوب والعمل، ولم يكن لبائعه منه إلا مناب الثوب.

ولابن نافع في المدنيَّة: أن القيمة فيه يوم ذهب، ولعيسى عن ابن القاسم يوم البيع، وهو الصحيح.

ومقارن المصنوع دفعه للصانع:

ابن رُشْد: إن كان فيه عمل مثله في ضمانه، وإلا فإن احتيج إلى دفعه فعلى طرح ضمانه سواء احتيج إليه في العمل أو احتاج إليه المعمول، ولزومه فيها، ثالثها: الأول فيما احتاج إليه المعمول، والثاني فيما احتاج إليه في عمله لسَحنون لنصه في المثال، والأم التي ينسخ منها الوراق، وتخريج الأعدال في الطحان، والقصاع في الفران على قوله في الأولين.

وابن حبيب لنصه بضمان القصاع تأتي بالخبز فيها، إن تلفت قبل زواله منها، ونصه على سقوطه في المنديل يتلف فيه الثوب المصنوع، ولو كان رفيعًا معللًا بأنه لايضطر إليه فيه.

والتخريج على قوله بضمان جفن السيف يصقل معللًا له بعدم استغناء به عنه، ومحمد لنصه على طرح ضمان المنديل، معللًا بأنه لا عمل فيه، والتخريج على تعليله طرح ضمان القطاع مع نصه بطرحه بجفن السيف، وعلى قولهما يضمن المثال يعمل عليه، والأم ينسخ منها لحاجة الصانع إليهما.

ونص ابن حبيب على ضمان الطحان في الأعدال، وفي القصاع تأتي بالعجين فيها ليقرصه منها ضاعت بالعجين أو دونه إذ لا يستغني في عمله عنها، وقاله مالك في سماع ابن خالد في المثال، ولأشهب في المنديل: يتلف به الثوب إن كان شريفًا يغتفر مثله لوقاية ضمنه خلاف قول ابن حبيب.

ابن رُشْد: وما لا عمل فيه، ولا يحتاج إليه المعمول، ولا في العمل غير مضمون اتفاقًا؛ كالآتي لصانع بزوجي خف ليعمل له في إحداهما عملا فيتركهما عنده فتضيعان فلا يضمن إلا ذات العمل، والأخرى وديعة عنده.

وفي غرمه قيمة المصنوع وحده أو قيمتهما معًا مسقطًا منها قيمة المصنوع وحده قولان للشُيُوخ، وهذا أصح كما لو استهلك له رجل أحدهما ضمن ما نقصه منها.

وفيها: يضمن القُصَّار ما أفسده أجيره، ولا شيء على الأجير إلا أن يتعدى أو يفرط.

الصقلي عن محمد: قال أشهب: إن كثر على الغسال الثياب فآجر أجراء يبعث لهم إلى البحر بالثياب فهم ضامنون.

ابن ميسر: هذا إذا آجرهم على عمل أثواب مقاطعة.

الصقلي: كأنه صانع دفع له صانع ما استعمل عليه.

قال بعض القرويين: إن ثبت دفع رب الثوب إلى الأول أجرته فله أجره، وله قد قبضه من الثاني دون أجرة، ويتبع الأول بأجره، والأشبه أن لا يأخذه إلا بدفع أجرته إذ ليس مستحقا لنفس الصنعة.

قُلتُ: قوله له قبضه من الثاني دون أجره هو سماع ابن القاسم.

قال ابن رُشْد: زاد فيها في الموازيَّة تفسيرًا وهو: دفع أجرة الأول له ببينة، وإن لم تقم بينة حلف الثاني ما قبض أجره، ثم دفع رب الثوب له، فإن كانت الأجرة الأولى خمسة، وهذه عشرة فلم يدفع إلى هذا إلا خمسة، ويتبع بباقي أجرته الأولى، وإن كانتا بالعكس دفع لهذا خمسة، وبقيت عنده خمسة للأول، فإن قدم الأول فأقر بقبض أجرته رجع الغارم على الثاني بما أخذ منه.

الشَّيخ: هذا غير مستقيم، ولا تقبل دعوى القادم على الثاني إن كان القادم عديما.

ابن رُشْد: قوله: لا يقبل قوله إن كان عديما صحيح، ولم ينص محمد على أنه يرجع على الثاني بإقرار القادم إن كان عديما فينبغي حمل قوله على كون القادم مليا، ولا يقال فيه غير مستقيم.

وقول محمد: إن لم تقم بينة بدفع الأجرة للأول حلف الثاني، وأخذ الأقل من الأجرتين صحيح، وكذا لو أقر رب الثوب أنه لم يدفع للأول شيئًا، وأجرة الثاني أكثر لم يلزمه أن يدفع للثاني إلا أجرة الأول إن علم أن ما استأجر به الأول أو أقر به الثاني، وإلا فلا يأخذه إلا بعد أن يدفع جميع أجرته إن علمت، وإن جهلت تخرج ذلك على قولين:

أحدهما: قبول قوله في قدرها مع يمينه إن أتى بما يشبه، وإلا لم يصدق، وكان له أجر مثله.

والثاني: لا يكون أكثر من أجر مثله، وإن أشبه ما ادعاه، وهو الآتي على قول ابن القاسم: وإنما لم يكن للثاني أن يأخذ من رب المتاع إلا أقل الأجرتين إن لم يكن دفع للأول أجرته؛ لأنه غريم غريمه بذلك لا من أجل أن السلعة بيده إذ ليست عنده برهن فلا يكون له حبسها حتى يقبض أجرته، ولا يكون أحق بها من غرماء رب المتاع إن فلس عند ابن القاسم، ولذلك لا يكون القول قوله في الإجارة على مذهبه إن ادعى أكثر من أجر مثله، وإنما وجب أخذ رب المتاع متاعه معمولًا دون غرم الثاني إذا كان دفع الأجرة للأول؛ لأن العمل وجب له باستئجار الأول عليه استئجارًا مضمونًا في ذمته، ولو لم يكن له الأجرة مضمونة، وكان استأجره على أن يعمل بنفسه فاستأجر عليه غيره لما وجب لصاحبه أخذه، وإن دفع الأجرة للأول حتى يغرم للثاني أجر مثله إلا أن يعلم الثاني بتعدي الأول في استئجاره إياه على ما وجب عليه أن يعمله بيده هذا الآتي على أصولهم، ولا أعرف فيه نصًا.

وفيها: قال ابن القاسم: لا يضمن الأكرياء سائر العروض، ولا شيئًا غير الطعام.

قال السبعة من فقهاء التابعين: لا يكون كراء بضمان إلا أن يشترط على الحمال ألا ينزل بلد كذا أو وادي كذا أو لا يسير بليل فيتعدى ما شرط فيتلف شيء بتعديه فيضمن.

ومن استأجرته ليحمل لك على دابته دهنًا أو طعامًا؛ فعثرت فانكسرت القوارير أو انقطعت الأحبل فسقط المتاع ففسد لم يضمن إلا أن يغر من عثار أو ضعف الأحبل فسقط المتاع ففسد لم يضمن، وإلا ففعل العجماء جبار ما لم يفعل بها رجل شيئًا عثرت به فيضمن الفاعل.

ومن اكتريت منه دابة للطحن فكسر المطحنة لما ربطته فيها لم يضمن إلا أن يغرك، وهو يعلم ذلك منها فيضمن لقول مالك: من أكرى دابته، وهي عثور أو ربوض قد علم ذلك، ولم يعلم بذلك مكتريها فربضت أو عثرت فانكسر ما عليها فهو ضامن، ولو كان ليحمل عليها دهنًا من مصر إلى فلسطين فغره منها فعثرت بالعريش ضمن قيمة الدهن بالعريش، وقال غيره: بمصر إن أراد؛ لأنه منها تعدى.

الصقلي: عن ابن حبيب: إن غرم قيمته بالعريش فله من الكراء بحسابه لذلك الموضع.

اللخمي: قول غيره وقول ابن القاسم يرجعان إلى أنه بالخيار.

فقول الغير إن أراد تخيير منه، وقول ابن القاسم بالعريش؛ لأنه قال، قيمته هناك ضعف قيمته بالفسطاط، وإنما يختار الإنسان الأكثر ليس أنه يمنع من قيمته بالفسطاط، ثم إن كان كراؤه على البلاغ فله تغريمه بالفسطاط؛ لأنه لا يستحق شيئًا إلا ببلوغه الفسطاط؛ فكأنه لم يسلم له شيئًا مما أكرى عليه، وله أن يغرمه قيمته بالعريش بخلاف من نقل ما غصبه؛ لأنه نقله لنفسه، وهذا نقله لصاحبه فهو يسقط العداء إلى آخر وقت هلك فيه، وإن كان على الإجارة فله أن يغرمه بالعريش؛ لأنه يقول: أرضى أن يكون كل يوم مضى كتسليم الصحيح فيدفع فيه الأجرة، ويأخذه بالتعدي، وله أن يقول لا يستحق عن تلك الأيام أجرة؛ لأنه بتسليم صحيح؛ لأن كل يوم مضت بيدك باقية بالتعدي لتتمادى به لمنهل آخر فله إغرامه بالفسطاط، وإن استوت قيمته بالموضعين أغرمه قيمته بالفسطاط ليسقط عنه الكراء.

قُلتُ: صرح ابن حارث بأن قولي ابن القاسم وغيره اختلاف، وكذا التونسي ورجح كون الضمان يوم العداء كالغاصب قال: فإن قيل: الغاصب هو كل يوم ضامن، والحامل كل مكان جاز عنه سالمًا لا ضمان عليه فيه.

قيل: فيلزم غرم قيمته بموضع هلاكه، فإن قيل: إذا هلك قبل بلوغه فكأنه لم يزل متعديا من يوم حمله.

قيل: فلا يضمنه إلا يوم حمله.

وانظر على قول الغير: لو غصبه لصوص ببعض الطريق هل يضمنه الحامل لتعديه في ابتداء حمله على دابة عثور فقد يقول ذلك؛ لأنه إذا ضمنه قيمته يوم حمله بعد أن سلم جل الطريق جاز أن يضمنه إن هلك بأمر من الله أو غصب؛ لأنه كأنه لم يؤذن له في حمله على هذه الدابة.

قُلتُ: قوله هذا يرد بأن الغير إنما ضمنه بتعديه بأمر دل الواقع على تأثيره العادي،

وهذا إنما يحصل إذا هلك بسبب فعله أما بغيره فلا، ولذا اتفق المذهب في المبيع بتدليس إن هلك بسبب التدليس ضمنه بائعه، وإلا فلا قال: وقوله: إن استأجرت ثورًا فلما ربطه في المطحنة كسرها لم يضمن ربه إلا أن يكون علم ذلك وكتمه فظاهره أنه ضمنه بالقول؛ لأن المكتري هو متولي ربطه.

وقال أبو إبراهيم: قوله: فكسر المطحنة هكذا في أكثر الروايات، وفي بعضها ربطته، ويقوم منه بالضمان بالغرور بالقول، ومثله في التدليس بالعيب، وخلاف في كتاب الاستحقاق، وانظر في النكاح الأول، وفي باب الأمة الغارة، وفي الثاني مسألة الأختين.

قُلتُ: القول إن تضمن عقدًا كان غرورًا بالفعل لا بالقول، ومن تأمل وأنصف فهمه من قولها: من قال لرجل فلانة حرة، ثم زوجها منه غيره فلا رجوع للزوج على المخبر، ولو علم أنها أمة، وإن وليه عالمًا رجع عليه بالصداق، وهذا يرد قول التونسي في مكري الدابة العثور: إن أسلمها مكريها، وهو عالم بعثارها لمكتريها فحمل عليها، فهو غرور بالقول يختلف فيه، وإن أسلم المتاع ربه لرب الدابة فحمله عليها ضمن الحمال لتعديه.

وفيها: إن سألت خياطًا قيس ثوب فزعم أنه يقطع قميصًا؛ فاتبعته بقوله: فلم يقطعه فلا شيء عليه، ولا على بائعه، وكذا الصيرفي يقول في درهم تريه إياه جيد فيلفى رديئًا، فإن غرا من أنفسهما عوقبا.

الصقلي: في العتبيَّة لابن القاسم: من غر من نفسه عوقب، ولا أجر له، وإن غر من جهل، فقال مالك مرة: لا يضمن، ولا أجر له، وقال مرة: يضمن، وله أجره.

قال سَحنون: وهي أصح من قوله إن غر أدب ولا شيء.

ابن دينار: من استؤجر؛ لأنتقاد مال، فإن كان بصيرًا فلا شيء عليه في خطأ به فيما يختلف في مثله، وإن أخطأ فيما لا يختلف في مثله لبيان فساده ضمنه لتقصيره، ولو كان جاهلًا، ومن استأجره يعلم جهله فلا شيء عليه، ولو جهل جهله وغره بأنه عارف ضمن ما لا يختلف في فساده، ولم يضمن ما يختلف فيه، ولكل منهما أجره.

قال غيره: هذا إن تصادقا أنها منه أو ببينة لم تفارقه.

قُلتُ: سمع ابن القاسم: من قال لخياط: أيخرج لي من هذا الثوب قميص؟

قال: نعم؛ فأعطاه على ذلك أجرًا فقطعه فلم يأت ذلك فيه لا غرم عليه.

ابن رُشْد: فيها إخلاف كثير تحصيله إن لم يغر لم يضمن، وإن غر فلا أجر له اتفاقًا.

فيهما إن قال له: انظره هل فيه قميص؟

فقال: نعم.

قال: اقطعه، ولك كذا، ولو أتاه بثوب، فقال له: انظره إن كان فيه قميص فاقطعه ولك كذا فلم يجد فيه قميصًا لضمنه قولًا واحدًا، ومضى القول في هذا في سماع ابن القاسم في الصرف.

قُلتُ: هو قوله من استأجر صرافًا ينتقد له دنانير، فوجد فيها قبيح لا ضمان عليه إلا أن يغر من نفسه، وأما إن كان عارفًا مثله يبصر فلا شيء عليه، وقد يختلف الناس في البصر.

سَحنون: هذا أصح من التي تحتها حيث قال: إن غر فلا شيء عليه، وإن لم يغر فله الأجر.

ابن رُشْد: تحصيل اختلافهم إن لم يغر لم يضمن اتفاقًا.

وفي ثبوت أجرته مطلقًا، وسقوطها إلا أن يكون الرديء أقل منها فيكون له تمام أجره سماع أشهب في دليل الطريق يخطئ، وسماع ابن القاسم في الصراف، وإن غر فقيل لا يضمنه، ولا أجر له إلا أن يكون الرديء أقل من أجرته فله تمام أجره، وقيل: يضمنه ويحاسب بأجره فمن له فضل على صاحبه أخذه.

الباجي: روى محمد: لا يضمن من دفعت له لؤلؤة ليثقبها فكسرها.

أَصْبَغ في العتبيَّة: أو خرم ثقبها، ولو تعداه ضمن.

قال مالك وابن القاسم وأشهب: وكذا القوس تدفع لمن يغمزها، والرمح لمن يقومه، والفص لمن ينقشه ابن حبيب، والدابة لمن يصرعها البيطار والسيف يقومه الصيقل، والمريض يسقى الدواء أو يكوى فيموت، والصبي يختن فيموت، والضرس

يقلع فيموت صاحبها لا يضمن الحجام؛ لأن غالب كل هذا الغرور إذا فعل في ذلك معتاده.

ولمالك في الموازيَّة معها: لا يضمن الفران ما احترق من الخبز لغلبة النار إلا أن يفرط أو يغر من نفسه، وليس كالخياط وشبهه مما يمكن فيه الاحتراز من الفساد غالبًا، وإن ادعى الفران احتراق الخبز غلبة؛ فروى ابن حبيب: لا يضمن أن يبقى من الخبز أو الغزل ما يعلم أنه خبز الرجل أو غزله، ولو ادعى احتراق جميعه ضمن.

ول أَصْبَغ: في العتبيَّة إن ادعى رب اللؤلؤة تعدي الصانع في ثقبها فهو مدع، وكذا كل صاحب صنعة، ورواه ابن حبيب في قرض الفأر ولحس السوس إن ادعى رب الثوب تضييع القصار؛ فهو مدع.

قال سَحنون وغيره: لو تلف الخبز عند الفران ضمن.

وسمع ابن وَهْب: يضمن مثل خبزته، وله أخذ أصغر منها لا أكبر.

ابن عبد الحَكم: لا يأخذ غير خبزته في قول مالك.

الشَّيخ: يريد: أن الفران ضامن للرجلين.

ابن رُشْد: ما فيه تغرير كثقب اللؤلؤة، ونقش الفص، وتقويم الرمح، واحتراق الخبز، والثوب في قدر الصباغ، وطرح البيطار الدابة البيطار فتموت لا ضمان فيه اتفاقًا، إن لم يخطئ في فعله، وإن أخطأ كسقي الطبيب ما لا يوافق المرض أو تزايد الخاتن أو القاطع فيتجاوز في القطع أو الكي أو يد الحجام؛ فيقلع غير الضرس التي أمر بها فهي من جناية الخطأ إن كان من أهل المعرفة، وإن غر من نفسه عوقب.

وفي كون الدية في ماله مطلقًا أو على العاقلة إن بلغت الثلث قولان لظاهر سماعي ابن القاسم وأشهب من كتاب السلطان، وقول ابن دينار مع سماع أَصْبَغ ابن القاسم في الديات: وفيها مع غيرها: لزوم ضمان الأكرياء الطعام والإدام إلا أن تقوم بينة بهلاكه أو يكون معه ربه، والسفينة كالدابة.

وفي الموازيَّة: أو وكيل رب الطعام، وقول ابن الحاجب، وقال به الفقهاء السبعة: لا أعرفه؛ إنما فيها الطعام أمر ضمنه أهل العلم، ولم يجدوا من ذلك بدا.

وفيها: بعد ذلك سَحنون عن ابن نافع عن ابن أبي الزناد عن أبيه عن السبعة: لا يكون كراء بضمان إلا أن يشترط على الحمال أن لا ينزل بلد كذا أو وادي كذا أو لا يسير بليل فيتعدى ما شرط.

ابن حبيب: إنما يضمنون القمح والدقيق والشعير والسلت والذرة والدخن والكرسنة لا الأرز؛ لأنه يتفكه به.

الشَّيخ: لعل هذا في بلد غير بلد الأرز، وفي بعض البلاد هو جل قوتهم، ويضمنون الفول والحمص والعدس واللوبيا والجلبان، ولا يضمنون الترمس؛ لأنه يتفكه به، ولا يضمنون من الإدام إلا الزيت والعسل والسمن والخل والبيض والابزار لا المري والرب والأشربة الحلال والجبن والشيراز واللبن والزبد وسائر اللحم والبصل والأبزار، ولا يضمنون من خضر الفواكه ورطبها ويابسها إلا التمر والزبيب والزيتون والملح، ولا يضمنون شيئًا من الأدهان.

الصقلي: ما ذكره استحسان، وظاهر المدَوَّنة: ضمان سائر الطعام والإدام والترمس واللبن والزبد واللحم قوت وإدام.

وروى محمد: شرط الجمال طرح ضمان الطعام أو لزوم ضمان العروض ساقط والعقد فاسد، فإن فات سقط الشرط، وله كراءالمثل.

اللخمي: لمحمد عن أصبغ لو كان بيعه ربه، ثم فارقه ببعض الطريق لم يضمن.

محمد: لأن أصل حمله على غير التسليم لحامله، ومعروف المذهب أنه ضامن فيما حمله في المدينة، ولم يصحبه ربه، ولابن كنانة: لا ضمان عليه؛ يريد: لأنه قادر على أن يصحبه دون ضرر فتركه قصد لائتمانه.

قال ابن عبد السلام: عن بعضهم إن ذهب لربه على ألا يعود ضمنه الحمال، وإلا فلا كحامل العرض يحوزه بعد الغاية كالرهن في أجره في انتقاله لضمانه فينتقل حامل الطعام من عدم ضمانه، ورده ابن عبد السلام بأن حامل الطعام لم يتغير حاله بفعل ولايته إنما تغير حال ربه فلا يوجب على الحامل حكما بغير اختياره، وحامل العرض تسبب بحبسه.

قُلتُ: يرد بتباين القياس الدال بذاته على سقوط القياس الفرق المذكور، وهو أن تقول علة ضمان الطعام انفراد حامله به عن ربه، فإن فارقه ربه على عدم عوده ثبت انفراد حامله به فوجب انتقاله على عدم ضمانه إليه عملا بعلية الحادثة قياسًا على حامل العرض الحادثة علة ضمانه على عدمه، ومن أنصف، وتذكر قواعد الأسئلة الواردة على الأقيسة علم أن كون حامل الطعام غير متسبب، وحامل العرض متسببًا لا أثر له في القدح في القياس المذكور لخروجه عن علة القياس المذكور، وعن مانع حكمه، ولذا قبله الصقلي.

والأظهر عندي جري الضمان في هذا الفرع على قولي محمد وابن كنانة في ضمان حامل الطعام بالبلد بناء على اعتبار مطلق غيبة ربه، ودلالة مفارقته بغير صحبته على ائتمانه كدلالة ترك صحبته بالبلد على ذلك.

قال اللخمي: وأرى أن يضمن القمح والشعير والقطاني وشبه ذلك، وإن صحبه ربه إذا نقص؛ لأنه علم منهم السرقة، ولو كان معه ربه، وإن ادعى ذهاب جميعه، وربه معه صدق، وليس العادة جحود جميعه، ولا الهروب إن كان الحمال واحدًا، وإن كانوا عددًا فتأخر بعضهم لم يصدق أنه غصب منه، وعهد من الجماعة تأخر أحدهم تعمدًا ليذهب به، وإن صحبه ربه في البحر فنقص بعضه صدق عند مالك.

وفي كتاب أكرية السفن: لا يصدق قال: لأنه حازه، وإنما يدخل التاجر وقت إقلاعه وهو أحسن؛ لأن الطعام والزيت وشبهه يوسق، ويغيب عنه ربه إلى ليلة المبيت، وعهد منهم الخيانة فيه، وكذا لو لم يفارقه ربه من حين وسقه؛ فإنهم يخونون فيه بالليل وبعد الوصول وقبل التفريغ.

وضمانه في دعوى تلفه بعد وصوله لغرمه في موضع وصوله، واختلف إن ادعى ضياعه ببعض الطريق، وعلم كيله هل يغرم المثل الآن أو بعد وصوله كان تلفه مجهولًا أو معلومًا بعثار أو ضعف أحبل أو باستهلاكه، وأرى إن تنازعا في موضع هلاكه غرم مثله فيه، وإن تحاكما في موضع وصوله غرمه فيه؛ لأنه دخل على توصيله، ولأن في الصبر حتى يعود إلى الموضع غررًا، والظالم أحق أن يحمل عليه، وهذا إن هلك من عثار

الدابة والكراء مضمون، وهو في مستعتبه يعذر على خلف دابة، وإن كانت معينة لم يغرمه في الموضع الذي اكري إليه؛ لأنه بظهور أنها عثور ينفسخ الكراء، وكذا إن كان الكراء مضمونًا، والهلاك في غير مستعتب.

الصقلي: عن ابن حبيب: يغرم المكري ما ضمنه من الطعام بالبلد الذي اكري إليه جهل هلاكه أو علم بسبب عثار الدابة أو ضعف الأحبل، وقول بعض القرويين: يضمن مثله حيث ضاع خلافه.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: أن أعطى حامل الطعام ربه عن نقص طعامه ذهبا لم يجز إن كان انتقد كراه.

ابن رُشْد: لتهمتهما على إن ما دفع إليه من الكراء بعضه ثمن لحمل الطعام، وبعضه سلف فيدخله البيع والسلف، ولا شيء على فاعل ذلك فيما بينه وبين الله إن لم يقصد ذلك، وله أن يأخذ عن النقصان عرضًا معجلًا أو صنفًا آخر من الطعام.

ابن الحاجب: وأما أجير الحراسة فلا يضمن شيئًا، وفي الإجارة منها لا ضمان على من جلس يحفظ ثياب من دخل الحمام؛ لأنه أجير.

وسمع ابن القاسم: لا ضمان على حارس الحمام.

ابن رُشْد: إن أكراه رب الحمام لحفظ ثياب داخله بأجر في ذمته فلا ضمان عليه اتفاقًا، إلا أن يتعدى أو يفرط، وإن كان يحرس بجعل يأخذه من كل من يدخل الحمام لحرس ثيابه، فقال مالك: لا ضمان عليها.

بن لبابة: وغيره خطأ.

و قال ابن حبيب: يضمن كالراعي المشترك على قول ابن المسيب، والحسن ومكحول والأوزاعي؛ لأنه بنصبه نفسه لذلك كالصانع المشترك.

الصقلي: يروي محمد: إن نام حارس بيت فسرق ما فيه لم يضمنه، وله أجره، وكذا حارس النخل وغيره، وكذلك من أعطى متاعًا ليبيعه أو يضيع ثمنه لا أجر له ولا ضمان عليه.

محمد: لا يضمن جميع الحراس إلا بتعد كان ما يحرسونه طعامًا أو غيره.

قُلتُ: قوله لا ضمان عليه في نومه يجب تقييده بكونه في وقت نومه المعتاد له لا في نومه في وقت حاجة العسس والحرس، وتقدم نحو هذا للخمي في نوم الراعي نهارًا، وعلى قول اللخمي في طعام أنه يضمن، ولو كان معه ربه لما عرف من خيانتهم يجب تضمين حارس الطعام إن علم منه ذلك، ولذا قال هنا: إن ألجأ قوما ضرورة لمن يخاف على الطعام منه أن يؤجر تقية لشره، وليدفع شر قوم لآخرين ضمن، وكذا أن علمت خيانته.

وقوله فيمن أعطى متاعًا ليبيعه واضح إن كان لم ينصب نفسه لذلك، وإن نصب نفسه فالأظهر أنه كالصانع، وأظن إني وقفت على ذلك لبعضهم في الجليس، وهو من نصب نفسه في حانوت لشراء الأمتعة.

قال عياض في المرابحة: وهم كثير في البلاد ينتصبون لذلك، وأما مسمى السمسار ففي ضمانه ما دفع له ليبيعه، وما طلبه من ربه لمشترى مزه بشرائه، ثالثها: ما لم يكن مأمونا، واربعها: فيما دفع لهم لا فيما طلبوه لنوازل ابن رُشْد عن سَحنون مع ابن عات عن حمديس عن بعض أقواله، وله عن العتبيَّة.

وفتوى ابن رُشْد ونقله: وعلى عدم ضمانه في كون ما أرسلوا لطلبه من مرسله أو دافعه، ثالثها، بينهما لنقليه، وقوله: لو قيل لكان له وجه.

ابن الحاجب: والحمامي أمين على الثياب، وقيل: يضمن.

ابن عبد السلام: ظاهره أن الحمامي هو مكتري الحمام لا حارس الثياب، فإن كان هذا مراده فالمشهور عدم تضمينه مطلقًا إلا أن يفرط، وليس القول بتضمينه مطلقًا بموجود في المذهب، وخلاف في عدم تضمينه إلا أن يفرط.

قُلتُ: قوله: لا خلاف خلاف نقل عياض لما عرف في مداركه بأبي علي الحسن بن نصر السوسي قال: سمع من العامي، ويحيى ابن عمر وغيرهما كان فقيهًا عدلًا ورعًا زاهدًا ولي أحكام سوسة؛ فكان لا يضمن صاحب الحمام ما تلف عنده فكثر شاكوه؛ فحكم بتضمينه لما حدث به يحيى بن عمر عن الحارث عن ابن وَهْب عن مالك بتضمين صاحب الحمام.

قُلتُ: فهذه الرواية ترد قوله: لا خلاف في عدم تضمينه، ورواية ابن وَهْب هذه مثل سماع ابن القاسم: أمرت صاحب السوق أن يضمن أصحاب الحمامات ثياب الناس أو يأتي يمزعها.

الصقلي: في بعض الحواشي مثله لابن عبد الحكم وزاد: ولا ضمان على من يحرسها.

قُلتُ: في استظهاره بما في بعض الحواشي على سماع ابن القاسم نظر إذ لا يؤكد القوي بالضعيف إنما يؤكد الضعيف بالقوي، وكذا قوله: وزاد لا ضمان على من يحرسها لوجوده نصًّا في سماع ابن القاسم حسبما قدمناه.

وقال ابن رُشْد: إنما ضمن صاحب الحمام إذا لم يأت بحارس لتضييعه ثياب الناس؛ لأنه إذا لم يكن حارس عليها فلا يقطع سارقها إلا أن يحتال في السرقة من خارج الحمام من لم يدخل الحمام على ما قاله في المدَوَّنة، وسماع عيسى.

ابن الحاجب: كل من أوصل نفعا من عمل أو مال بأمر المنتفع أو بغير أمره لا بد له منه بغرم فعليه أجرة العمل، ومثل المال بخلاف عمل يليه بنفسه أو بعبده أو مال يسقط مثله عنه.

قُلتُ: قوله في النفع يتقرر.

سماع أبي زيد في آخر الجعل والإجارة منه عن ابن القاسم: من استأجر حصادين لزرعه فحصدوا زرع جاره خطأ، فإن كان له عبيد أو أجراء لا يحتاج معهم إلى أجر فلا شيء عليه، وإن كان لا يجد بدا من الإجارة لحصاد زرعه فعليه قيمة ما حصدوا، وإن كان الخطأ ممن استأجرهم أمرهم بحصده ظنا منه أنه زرعه غرم لهم أجرهم، وأخذ ممن حصد زرعه قيمة عمل الأجراء إن كان لا يجد بدا من الإجارة على حصاده.

ابن رُشْد: مثله حكى ابن حبيب: وقيل: لا شيء عليه مطلقًا، وإن لم يكن له عبيد ولا أجراء، وهو ظاهر سماع يحيى بن القاسم من كتاب البضائع في الحصاد في الخصام.

وقال ابن ميسر: إن كان له عبيد أو أجراء لهم أن يستعملوهم في مثل ما عملوا له وفي أثر (المسألة) في السماع المذكور من استأجر من يحرث أرضه فأخطأ الأجير فحرث

أرض جاره إن زرعها، وانتفع بحرثها فعليه أجرة حرثه وإن قال: لم أرد زرعها إنما أردت أن أكريها فلا شيء عليه.

ابن رُشْد: معناه إن لم يكن له بقر وعبيد أو أجراء، كقوله في المسألة الأولى، وحمل بعضهم هذه على ظاهرها، وقال في إيجاب غرمه الأجر، ثالثها: الفرق بين أن يكون له عبيد وأجراء أو لا.

الصقلي: في آخر ترجمة من كتاب الجعل في الواضحة: من حفر لرجل بئرًا أو حرث أرضه أو حصد زرعه اليابس أو قطع ثوبه، وخاطه بغير إذن، وطلب الأجر، فإن كان رب هذه الأشياء لا بد له من الاستئجار عليها لا يليها بنفسه، ولا غلمانه، ولا دوابه فعليه الأجر، وإلا فلا.

الصقلي: ظاهره، ولو فعل ذلك عمدًا، وقيل: لا شيء للعامد؛ لأنه كغاصب، وقول من مال كقولها في تضمين الصناع: من أنفق على ولد رجل غائب، وهم صغار بغير أمره أو أنفقت الزوجة على نفسها في غيبته، ثم قدم فلهما الرجوع عليه بما أنفقا إن كان موسرًا، وفي رهونها إن دفع مرتهن الأرض عنها خراجا حقا رجع به على ربها، وقوله: أو مال يسقط مثله عنه، كقولها فيمن انفق على ولد الغائب الصغار والمرأة على نفسها في عسر الزوج، وفي إطلاق قوله: من أوصل نقدًا نظر لقولها في اللقطة.

قال مالك: من أتى بآبق لرجل وطلب منه الجعل على إتيانه به إن كان شأنه يطلب الضوال لذلك فله الجعل بقدر بعد الموضوع الذي أخذه فيه وقربه، وإن لم يكن ذلك شأنه، وإنما وجده فأخذه فلا جعل له.

قُلتُ: فلم يجعل له الجعل إلا إن كان مما ممن شأنه ذلك، ولفظ ابن الحاجب مطلق في حالتيه معًا، وفي الجعل والإجارة منها: وإن قال الصانع: استعملتني في هذا المتاع، وقال ربه: سرق مني تحالفا، ثم قيل لربه: ادفع له قيمة عمله، وخذه فإن أبى.

قيل للعامل: ادفع له قيمة ثوبه غير معمول، فإن أبيا كانا شريكين هذا بقيمة ثوبه غير معمول، وهذا بقيمة عمله؛ لأن كلا منهما مدع على صاحبه، وقال غيره: العامل مدع، ولا يكونان شريكين.

الصقلي عن الشَّيخ: يبدأ بالحلف رب الثوب ما استعمله، ويقال للصانع ادفع له ثوبه، وإلا فاحلف أنه استعملك، فإن حلف قيل لرب الثوب: ادفع له أجر عمله وخذه، فإن أبى قيل للصانع: ادفع له قيمة ثوبه، فإن أبى كانا شريكين.

وقال بعض القرويين: لا يتحالفان حتى يقال لرب الثوب ما تريد، فإن قال: أريد تضمينه.

قيل له: احلف ما استعملته، فإن حلف.

قيل للأجير: احلف لقد استعملك لتبرأ من الضمان، ثم قيل لرب الثوب: ادفع له قيمة الصبغ؛ لأنه برأ من المسمى بيمينه أولًا، فإن أبى قيل للآخر: ادفع له قيمة ثوبه، فإن أبى كانا شريكين، وإن قال رب الثوب أولًا: أريد أخذ ثوبي نظر لقيمة الصبغ، فإن كانت مثل دعوى الصانع فأكثر فلا أيمان بينهما؛ لأنه يقال له إن كان الأمر كما قلت أنه سرق لك، وأردت أخذه لم تقدر على أخذه إلا بدفع الأجرة الذي قال الصانع إذا كانت مثل قيمة الإجارة أو أقل ولا يمين هٰهنا، وإن كان ما ادعاه الصانع أكثر حلف المستحق وحده ليحط عن نفسه الزائد على قيمة الإجارة من التسمية التي ادعاها الصانع.

قُلتُ: ومثله لعبد الحق قال: إن أراد تضمينه، فإن طاع الصانع بدفع قيمته أبيض فلا حلف على واحد منهما، وإن أبى تحالفا وكانا شريكين هذا على قول ابن القاسم، وعلى قول غيره: فيحلف رب الثوب، ويغرم للصانع قيمة الثوب جبرا.

وفيها: قال ابن القاسم: وكذا إن ادعى أن الصانع سرقه منهم إلا أنه هنا إن كان ممن لا يشار إليه بذلك عوقب رب الثوب، وإلا لم يعاقب.

الصقلي: عن بعض القرويين: واليمين عليهما معًا ببينة ليوجب أحدهما الضمان ويبرأ منه الآخر.

اللخمي: إن كان يشبه أن يسرق، وهو منتصب للصنعة فالجواب كالأول؛ لأن الشبهة قائمة، وإن كان مثله لا يشبه أن يسرق صدق الصانع، وعوقب رب المتاع، ولو قال ربه: أودعتكه، وقال الصانع: استعملتنيه، ففي قبول قوله أو قول ربه قولا ابن القاسم مع مالك وغيره فيها.

عبد الحق: وعلى الأول إن ادعى ما يشبه من الأجر حلف عليه وحده، وإلا حلف هو لدفع العداء عنه، وربه ليسقط فضل ما ادعى عليه من الأجر على أجر المثل، وعلى قول غيره: يحلف ربه إن كان ما ادعاه الصانع من الأجر أكثر من أجر مثله، وغرمه، ولا يضمنه؛ لأنه أقر أنه وضعه تحت يده بخلاف قوله سرق مني.

الصقلي وقال ابن حبيب: كالغير: وكذا قوله: سرق مني، ويحلف، ويأخذ ثوبه مصبوغًا أو مغسولًا دون غرم إلا أن ينقصه الصبغ أو يفسده فيخير في أخذه أو تركه، وأخذ قيمته، وإن زاده الصبغ أخذه بغير غرم.

اللخمي: قول الغير العامل مدع؛ يريد: أنه على حكم المتعدي؛ لأنه لم يقر له.

قُلتُ: كذا هو في جل ما رأيت لم يقر له فقط فلعله؛ يريد: لم يقر له بإذنه في صبغه فيه، وفي بعضها لم يفرط.

قال: وأصل سَحنون: أن القول قول الصانع في طرح العداء، وقول الآخر في طرح بعضها لم يفرط.

قال: وأصل سَحنون أن القول قول الصانع في طرح العداء، وقول الآخر في طرح التسمية، ويكونان شريكين.

قُلتُ: هذا نص في ثبوت حق الصانع في صنعته، وعدم إسقاطها خلاف ما تقدم للصقلي عن ابن حبيب، ومثله لابن رُشْد في سماع ابن القاسم في كتاب تضمين الصناع سمع فيه مثل قوله، وروايته في المدَوَّنة.

فقال ابن رُشْد: قبل ذكره مثل ما تقدم لعبد الحق قيل: معنى قول الغير أن العامل مدع في الأجرة إن ادعى أكثر من أجر المثل، وحلف على دعواه لم يستحق ما عليه، وحلف رب الثوب، وسقط عنه ما زاد على أجر المثل، وإن نكل العامل، وحلف رب الثوب أخذ ثوبه مصبوغًا، ولم يكن عليه شيء من الأجر، وقيل معناه: أنه مدع في أنه استعمله إياه فلا يصدق، ويحلف رب الثوب؛ فيأخذه مصبوغًا دون غرم إلا أن ينقصه الصبغ أو يفسده، فذكر مثل ما تقدم لابن حبيب.

قُلتُ: والأظهر نقل اللخمي لنصها في الغاصب والسارق: يصبغان الثوب أن

حقهما في الصبغ ثابت، ولما يأتي عن قرب للصقلي.

وإن اختلفا في صفة الصنعة صدق الصانع فيما يشبه: فيها: إن صبغه أحمر أو أسود، وقال: بذلك أمرني ربه، وقال ربه: بأخضر صدق الصباغ إلا أن يصبغه صبغا لا يشبه مثله، وإن صاغ الصائغ سوارين، وقال ربه: أمرتك بخلخالين صدق الصائغ.

الصقلي عن ابن حبيب: إن ادعى الصانع ما لا يشبه صدق رب الثوب مع يمينه، وخير في أخذه مصبوغًا، ويدفع أجرته أو يسلمه، ويأخذ قيمة ثوبه أبيض.

الصقلي: هذا وفاق لمالك قال: إلا أن يشاء الصباغ أن يسلم صنعته بلا ثمن، فإن أبى كان شركة بينهما هذا بقيمة ثوبه أبيض، وهذا بقيمة صنعته، واختلف فيه؛ وهذا أحسن.

الصقلي: هو أصلنا؛ لأنه إن أتى الصباغ بما لا يشبه، وصدق رب الثوب مع يمينه صار حكم الصباغ حكم المتعدي فيخير ربه في أن يغرمه قيمة ثوبه أو يأخذه، ويدفع قيمة الصبغ.

قُلتُ: هذا خلاف ما تقدم له عن ابن حبيب: إن قال رب: الثوب وديعة على قول الغير أن لربه أخذه دون غرم، وقال: من أجر حجاما على قلع سن بعد القلع قلعت غير التي أمرتك، وأكذبه الحجام، ففي قبول قوله أو قول ذي السن قولان فيها لابن القاسم قائلا: لأنه علم به حين قلعه وغيره.

اللخمي: محل الخلاف أن المقلوعة والباقية معتلتين؛ لأن كلا منهما أتى بما يشبه، ولو كانت الباقية سالمة قبل قول الحجام؛ لأنفراده بالشبه ودعوى الآخر سقوط الأجر، ولو كانت المقلوعة سليمة، وتبين ذلك فيها، وفي موضعها، والباقية معتلة قبل قول ذي السن لإتيان الآخر بما لا يشبه فيحلف ذو السن لاحتمال غلطه فيما أراه لمقارنة الألم، ويستحق دية سنه، ويقلع الأخرى إلا أن يكون دليل لذي السن لفساد الباقية، وسوادها وصفاء المقلوعة؛ فيسقط عنه اليمين.

قُلتُ: تعليله أولًا حلفه بإمكان غلطه لألمه يلغي دلالة فساد الثانية على إسقاط يمينه، ولأن فرض المسألة عنده كون الباقية فاسدة؛ لأنه الموجب عنده لقبول قوله:

فإن قيل: دليل قبول قوله عنده مجرد اعتلال الباقية المسقط ليمينه عنده هو أخص من ذلك، وهو فسادها واسودادها.

قُلتُ: تعليله ثبوت يمينه باحتمال غلطه فيما أراه لأنه حاصل بالسوية في مطلق المعتلة، والأخص منها بما ذكره من فسادها وسوادها.

الصقلي عن سَحنون: معنى قول غيره الحجام مدع أنه في الأجر، وكل منهما مدع على صاحبه يتحالفان، ويكون للحجام أجر مثله ما لم يجاوز المسمى يمينه ترفع عداءه، وتوجب له التسمية، ويمين الآخر تسقط عنه ما زاد على أجر المثل من التسمية، فإن لم تزد عليه فلا يمين عليه إلا أن ينكل الحجام عن اليمين فيحلف الآخر، ويسقط عنه الأجر، وقاله بعض شُيُوخنا.

ابن شاس: إن اختلف الصانع ورب الثوب في قدر الأجر؛ فالقول قول الصانع بخلاف البناء يقول هذا البناء بدينار، ويقول ربه بأقل فالقول قوله بيمينه؛ لأنه حائز لذلك إلا أن يدعي ما لا يشبه والصانع حائز لعمله، وتبعه ابن الحاجب، وقبله ابن عبد السلام، وابن هارون، ولم يعزوه لأصل مشهور كالموازيَّة ونحوها، وعادة المحققين عدم الاكتفاء بنقل المتأخر إذا لم يعزه لأصل مشهور معروف.

وما ذكره ابن شاس يقوم من قولها، وكذا الصباغ إذا صبغ الثوب بعشرة دراهم عصفرا، وقال: بذلك أمرني ربه، وقال ربه: ما أمرتك إلا بخمسة دراهم؛ فالصباغ مصدق بيمينه إن أشبه قوله، فإن أتى بما لا يشبه فله أجر المثل، ولو قال ربه: كان لي فيه صبغ متقدم لم يصدق؛ لأنه ائتمنه حين أسلمه إليه، وهذا إذا أسلم إليه الثوب، وإن لم يسلمه، ولا تغيب عليه صدق رب الثوب.

قُلتُ: فتفرقتها بين إسلام الثوب وعدمه مثل تفرقة ابن شاس بين الصانع والبناء.

ولابن عات في الاستغناء: روى ابن نافع: إن قال البناء: بنيته بثلاثة دراهم، وقال ربه: بنصف دينار فالقول قوله؛ لأنه حائز للبناء كقبول قول الحائك لحوزه لما استعمل إلا أن يدعي ما لا يشبه.

قال ابن هارون: لو أسلم الصانع المصنوع لربه كان القول قوله، وصار كالبناء.

قُلتُ: هو مقتضى قول اللخمي في كلامه على قولها إن ادعى رب المتاع أن الصانع عمله له باطلًا، وقال الصانع بأجر صدق بيمينه فيما يشبه من الأجر، وإلا رد لأجر مثله، وقال غيره: يحلف الصانع، وله الأقل مما ادعى أو من أجر مثله.

اللخمي: إن كان المسمى أقل حلف الصانع وحده، وأخذه، وإن كان أكثر حلف ما عمله باطلًا وحلف الآخر ما استأجره بتلك التسمية، وغرم أجر المثل، وهذا إن كان بينهما ما يشبه أن يعمل له باطلًا، وإلا أخذ المسمى إن كان أقل بغير يمين.

قُلتُ: هذا خلاف نصوص المدَوَّنة في توجه يمين المعروف مطلقًا.

قال: وإن كانت إجارة المثل أقل حلف رب الثوب وحده، ودفع أجر المثل، فإن نكل حلف الصانع، وأخذ المسمى، وهذا إن اختلفا بعد أن أسلمه، وإن لم يسلمه حلف الصانع وحده، وأخذ المسمى قولًا واحدًا إن أتى بما يشبه؛ لأنه لو أقر أنه استأجره بثمانية، وقال الآخر بعشرة قبل قول الصانع.

قُلتُ: فجعل قبول قول الصانع مقيدًا بعد إسلامه الثوب.

الصقلي: في آخر ترجمة الجعل ابن المواز: من دفع ثوبًا لخياط فقال: لا أخيط إلا بدرهمين، وقال ربه: لا إلا بدرهم وجعله عنده فخاطه فليس له إلا درهم، ولو سكن منزلا، فقال ربه: بدينارين في هذه السنة، وقال الساكن: لا إلا بدينار، وإلا خرجت إن لم ترض سكن، ولم يجب بشيء حتى تمت السنة لم يلزمه إلا دينار.

وإن اختلف الأجير، ومن آجره في مرضه أو عطلته في مدة الإجارة، ففي قبول قول من آجره إن أواه إليه ليله ونهاره، وإلا فالأجير وعكسه، ثالثها: الأول في العبد، وفي الحر القول قول الأجير مطلقًا، ورابعها: القول قوله مطلقًا، وخامسها: عكسه لابن عات عن ابن مغيث عن ابن القاسم مع أَصْبَغ، وفتوى الشُيُوخ، وعن اللخمي مع محمد مع أشهب، وعن ابن حبيب مع ابن الماجِشُون، وعن التونسي عن أصلي ابن القاسم، وغيره.

ابن عات: يريد: في ثبوت الأجر وسقوطه في دعوى تلف الشيء المستأجر.

ولو اختلفا في رد المصنوع، ففي قبول قول ربه مطلقًا أو إن دفعه ببينة قولها مع عزوه.

ابن رُشْد: في نوازله لكل أصحاب مالك غير ابن الماجِشُون وعنه ناقلًا عنه إنكار عزو الأول لمالك، وفي المقدمات عزو الأول لابن الماجِشُون في موضع آخر.

[كتاب الجعل]

الجعل: عقد معاوضة على عمل آدمي بعوض غير ناشئ عن محله به لا يجب إلا بتمامه به[1]، فيخرج كراء السفن والمساقاة والقراض، وقولنا به خوف نقض عكسه

(1) قال الرَّصاع: قوله: (عقد) صير جنس الجعالة العقد، ولم يقل بيع، والعقد أعم من البيع والجنس الأقرب البيع فهلا قال: بيع كما.

قال في الإجارة: ويكون أخصر فيعبر بقوله: بيع عمل آدمي إلخ، لا يقال إنه عقد معاوضة، وذلك أخصر من العقد فلا يلزم أن يكون عقد المعاوضة أعم من البيع؛ لأنا نقول عقد المعاوضة أعم من بيع منفعة، وبيع منفعة أخصر فهو أقرب، ويقوي السؤال أنه عبر في الإجارة كما ذكرنا، ولعله لما كانت الإجارة لازمة من الجانبين بخلاف الجعالة ناسب في الإجارة البيع، وهنا العقد ولا يخفى ما فيه.

قوله: (على عمل آدمي) أخرج به كراء السفن وكراء الأرضين وكراء الرواحل.

قوله: (بعوض غير ناشئ عن محله) أخرج به المساقاة والقراض والحرث.

(فإن قلت): الشَّيخ: قال يخرج كراء السفن والمساقاة والقراض، ولم يقل شركة الحرث، وكراء الأرض وكراء الرواحل بكراء السفن اختصارًا؛ لأن المخرج للجميع قدر مشترك وشركة الحرث شاركت القراض والمساقاة في الجزء الناشئ.

قوله: (به).

قال الشَّيخ: ما معناه زيد به خوف نقض عكس الحد أو رسمه بقوله إن أتيتني بعبدي الآبق فلك عمله كذا أشهرا أو خدمته أشهرا؛ لأنه جعل فاسد لجهل عوضه والمعرف حقيقته المعروضة للصحة والفساد.

(قُلتُ): هذا الكلام كان يمضي لنا في فهمه تردد، وبسطه والله أعلم أن التعريف لماهية الجعل المطلق القابل للصحيح وفاسده، فلو اقتصر على قوله غير ناشئ عن محله محافظة على طرده لإخراج المساقاة والقراض؛ لأنها نشأت عن محل العمل لكان رسمه غير منعكس، فيقال فيه حافظ على طرده فأخل بعكسه، فإن صورة النقض المذكورة من الجعالة الفاسدة، وقد شاركت القراض فيما خرج به؛ لأن عوضها نشأ عن محل العمل؛ فتكون خارجة والمقصود دخولها، وإن كانت فاسدة فزاد قوله به لتدخل الصورة المذكورة، وبيان أن هذه الزيادة توجب دخولها أن النفي بقوله غير ناشئ عن محله به تسلط على مقيد بقيد لازمه يتعلق بناشئ، وقيل: نصب على الحال وضمير محله عائد على عمل آدمي وضمير به، كذلك نقل عن الشَّيخ سيدي عيسى وتقديره عوض من صفته أنه غير

مأخوذ عن محل العمل بسبب عمل الجاعل فتخرج المساقاة؛ لأن عوضها مأخوذ من محلها بسبب عمل جاعلها، وتدخل صورة الجعالة الفاسدة؛ لأن عوضها غير ناشئ عن عمل عاملها بل أخذ من عمل محلها لا بسبب عمل عاملها.

(فإن قلت): إتيانه بالآبق سبب، وعمل الآبق مسبب فيصدق فيه أن العوض نشأ عن العمل.

(قُلتُ): المتبادر إلى الفهم السبب القريب.

قوله: (لا يجب إلا بتمامه) الجملة صفة لعوض؛ أي: بعوض موصوف بكونه لا يجب إلا بتمامه فتخرج الإجارة في الآدمي؛ لأن عوضها يتبعض على قدر العمل، ثم إن الشَّيخ: من كمال تصرفه وقدرته على تمام اختصاره قال: وأوجز من الرسم المذكور (معاوضة على عمل آدمي يجب عوضه بتمامه لا بعضه ببعضه) فقوله: (معاوضة) اختصر من الأول عقدًا.

(فإن قلت): إذا اختصر العقد فهلا اختصر المعاوضة، وقال بيع عمل آدمي كما قلناه أولًا.

(قُلتُ): الجواب من وجهين الأول أنا قدمنا أن البيع يدل على اللزوم والجعالة فيها عدم اللزوم فالمعاوضة لها أنسب الثاني أنا.

إن قلنا: بيع فلا بد من ذكر العوض، وذكر ما يوصف به فيزيد في طوله، وهذا لا يخفى ضعفه وكذا الأول.

قوله: (على عمل آدمي) أخرج به كراء السفن والرواحل.

قوله: (يجب عوضه بتمامه) أخرج به القراض.

قال الشَّيخ: لعدم وجوب عوضه لجواز تجره ولا ربح.

قوله: (لا بعضه ببعضه) أخرج الإجارة والمساقاة، ثم ذكر الشَّيخ رسم ابن رُشْد واعترضه قال: وقول ابن رُشْد: جعل الرجل جعلا على عمل رجل إن لم يكمله لم يكن له شيء ينتقض بالقراض لا شك في نقضه بما ذكر، وكذا ينتقض بالمساقاة وغيرها، ثم قوله: جعل الرجل على عمل رجل فيه ما لا يخفى؛ لأن الجعل يكون من المرأة للمرأة أو من الرجل للمرأة والرجل لا يصدق عليها، وذكر الشَّيخ -رحمه الله ورضي عنه- قضية أبي سعيد الخدري فيما رواه البخاري في جماعة نزلوا على حي من العرب الحديث.

قال الشَّيخ: تمسك به غير واحد في جواز الجعل، واستدلوا بقول النبي ﷺ: «وما يدريك أنها رقية اضربوا لي معكم بسهم» قال: وفيه نظر لجواز كون إقراره إياهم على ذلك لاستحقاقهم إياه بالضيافة فأجاز لهم استخلاص ذلك بالرقية، وهي رخصة اتفاقًا، وكان يمر لنا أن فيه بحثا في ذلك وهو أن ما ذكره، وإن صح احتماله فليس كل احتمال في الفرعيات يسقط الاستدلال والراجح ما ذكره الفقهاء فإن قيل: عليه كيف أقرهم عليه مع أنهم قطعوا المعروف عنهم لقطعهم، وقد صرحوا في التعليل به، وقد بعث ﷺ ليتمم مكارم الأخلاق، ومنها أن تصل من قطعك وتعطي من حرمك

بقوله إن أتيتني بعبدي الآبق فلك عمله كذا أو خذ منه شهرًا؛ لأنه جعل فاسد لجهل عوضه والمعروف حقيقته المعروضة للصحة والفساد وأوجز منه معاوضة على عمل آدمي يجب عوضه بتمامه لا بعضه ببعضه فتخرج المساقاة والإجارة لاستحقاق بعضه ببعض فيهما، والقراض لعدم وجوب عوضه لجواز تجره، ولا ربح.

وقول ابن رُشْد: هو جعل الرجل جعلا على عمل رجل إن لم يكمله لم يكن له شيء، وينتقض بالقراض.

روى البخاري عن أبي سعيد الخدري ﷺ قال: انطلق نفر من أصحاب رسول الله ﷺ في سفرة سافروها حتى نزلوا على حي من أحياء العرب فاستضافوهم فأبوا أن يضيفوهم فلدغ سيد ذلك الحي فسعوا بكل شيء لا ينفعه شيء، فقال بعضهم: لو أتيتم هؤلاء الرهط الذين نزلوا لعل أن يكون عند بعضهم شيء فأتوهم فقالوا: يا أيها الرهط إن سيدنا لدغ، وسعينا له بكل شيء لا ينفعه شيء فهل عند أحد منكم من شيء.

فقال بعضهم: والله إني لراقي، ولكن والله لقد استضفناكم فلم تضيفونا فما أنا براق لكم حتى تجعلوا لنا جعلا فصالحوهم على قطيع من الغنم، فانطلق يتفل عليه، ويقرأ الحمد لله رب العالمين فكأنما نشط من عقال فانطلق يمشي، وما به قلبة. قال: فأوفوهم جعلهم الذي صالحوهم عليه، فقال بعضهم: اقسموا، فقال الذي رقى لا تفعلوا حتى نأتي النبي ﷺ فنذكر الذي كان فننظر ما يأمر، فقدموا على رسول الله ﷺ فذكروا له ذلك، فقال: وما يدريك أنها رقية، ثم قال: لقد أصبتم اقسموا لي واضربوا لي

=

والجواب أنهم كانوا في حال حاجة وخوف مع اضطرار والله سبحانه أعلم.

(فإن قلت): قدم: الجعالة والإجارة وعلى رسم كل منهما فأي صورة تعينت للإجارة أو الجعالة فظاهر صدق الحد فيهما، وقد تكون الصورة محتملة لهما مثل قولها: القط زيتوني فما لقطت من شيء فلك نصفه، فقال مالك: لا يجوز.

قال ابن رُشْد: بناء على أن ذلك إجارة، وقد نقل عن ابن القاسم الجواز بناء على أنه جعالة.

(قُلتُ): لعله ينظر إلى ما غلب فيه لازم الإجارة أو الجعالة فيعين ذلك بما غلب في ذلك والله أعلم وبه التوفيق.

معكم سهما فضحك رسول الله ﷺ[1].

قُلتُ: تمسك به غير واحد من أشياخ المذهب في جواز الجعل، وفيه نظر لجواز كون إقراره ﷺ إياهم على ذلك لاستحقاقهم إياه بالضيافة فأجاز لهم استخلاص ذلك بالرقية، وهو رخصة اتفاقًا.

[باب في شرط الجاعل]

وشرطه أهلية المعاوضة فيهما[2]:

ابن شاس وابن الحاجب: شرطهما أهلية الاستئجار والعمل.

ابن عبد السلام معنى قوله: والعمل أن عمل الجعالة قد يمتنع من بعض الناس كما لو جوعل ذمي على طلب مصحف ضاع لربه، وكذا الحائض مدة الحيض.

قُلتُ: هذا الامتناع إنما هو شرعي، ولا يتم بعض الجعالة على الجائز منها،

---

(1) سبق تخريجه.

(2) قال الرَّصاع: أشار: إلى أنه لا بد من أهلية المعاوضة وأن يكون الجاعل والمجعول له ممن تصح معاوضته لرشده أو من ناب عن محجوره وغير ذلك مما يشترط في لزوم البيع.

قال: قال ابن شاس وابن الحاجب: شرطهما أهلية الاستئجار والعمل.

قال ابن عبد السلام: معنى قوله والعمل أن عمل الجعالة قد يمتنع من بعض الناس كما يؤاجر ذمي على طلب مصحف لربه، وكذلك الحائض مدة حيضها.

قال الشَّيخ: وهذا الامتناع إنما هو شرعي، ولا يتم إلا بقصد الجعالة على الجائز منها، والأظهر اعتبارها من حيث ذاتها، ويفسر الامتناع بالامتناع العادي كمجاعلة من لا يحسن العوم على رفع متاع من بئر كثيرة الماء طويلة.

(فإن قلت): هذا الذي ذكره: ربما يقال إنه أيضًا امتناع شرعي؛ لأنه يؤدي إلى قتل النفس، وهو حرام.

(قُلتُ): الجواب أن ذلك المحرم ليس مقصودًا في أصل العقد كاستئجار الحائض فتأمله.

(فإن قلت): لم يرد الشَّيخ: العمل مع أهلية المعاوضة.

(قُلتُ): لأنه رأى أن أهلية المعاوضة تستلزم ذلك؛ لأنه إذا كان فيه امتناع عادة فلا أهلية فيه.

(فإن قلت): لم يذكر الشَّيخ: تعيين المعقود عليه في صحة العقد.

(قُلتُ): ذلك ليس بشرط وما اعترض على ابن شاس وابن الحاجب إلا في تعيين العوض انظر ذلك.

والأظهر اعتبارها من حيث ذاتها، ويفسر الامتناع بالامتناع العادي كمجاعلة من لا يحسن العوم على رفع متاع من قعر بئر كثيرة الماء طويلة.

ابن شاس: ولا يشترط في المجعول له التعيين لمصلحة العقد لو قال: من رد عبدي الآبق فله كذا فمن أحضره بعد قوله: ذلك فله الجعل علم ما جعل فيه أو لم يعلم، وعبر عنه ابن الحاجب بقوله: ولا يشترط في المجعول له التعيين، ولا العلم بالجعالة لو قال: من رد عبدي الآبق فله دينار فمن أحضره استحقه علم بالجعل أو لم يعلم، وقبله ابن عبد السلام وابن هارون وفيه تعقب؛ لأنه يقتضي أن هذا هو كل المذهب أو مشهوره، وليس كذلك لما تعقب عليه.

سمع عيسى ابن القاسم: من جعل في عبد له عشرة دنانير لمن جاء به فجاء به من لم يسمع بالجعل، فإن كان يأتي بالإباق فله جعل مثله، وإلا فليس له إلا نفقته، وإن جاء به من سمعه فله العشرة، ولو كان ممن لا يأخذ الإباق.

ابن رُشْد: حكى ابن حبيب: أن له الجعل المسمى، وإن لم يعلم به إن أخذه بعد أن جعل فيه، وإن لم يتكلف طلبه عن ابن الماجِشُون و أَصْبَغ وغيرهما من أصحاب مالك وأنه قول مالك، وقول ابن القاسم: أظهر؛ لأن الجاعل إنما أراد بقوله تحريض من سمع قوله على طلبه فوجب أن لا يجب ما سمى من الجعل إلا لمن سمعه، فطلبه بعد ذلك فلا حق في الجعل لمن وجد العبد قبل أن يجعل فيه الجعل اتفاقًا إذ قد وجب عليه رده لربه قبل أن يجعل فيه الجعل، واختلف إن وجده بعد أن جعل فيه الجعل، فقال ابن القاسم: لا شيء له إلا إن سمع الجعل، ويطلب العبد، وقال ابن الماجِشُون: ومن ذكر معه له الجعل، ولو لم يسمعه ولا طلب العبد.

قُلتُ: فجعل ابن شاس وابن الحاجب قول ابن الماجِشُون هو المذهب وليس كذلك.

وسمع ابن القاسم: من جاء بعبد آبق جعل له فيه جعل، وقد أنفق عليه نفقة فنفقته عليه والجعل له فقط، وإن أرسله بعد أخذه عمدًا ضمنه.

ابن رُشْد: هذا أبين؛ لأن الجعل إنما جعل له على أن يوصله لربه، فإن وجده في

مكان بعيد من سيده تستغرق نفقته إلى وصول لربه الجعل رفعه لقاضي موضعه ينظر فيه لربه بما يراه من سجنه أو بيعه، فإن أرسله آخذه ضمنه.

وتعقب ابن عبد السلام: كون النفقة على المجعول له بأن النفقة حينئذ جزء من العوض، وذلك بيع مقترن بالجعل إلا أن يقال إنه من ضروريات هذا العقد، ولا انفكاك عنه إلا بجعله سلفًا من المجعول له يؤديه على الجاعل صار سلفًا وجعلًا، وهو أشد فسادًا من بيع وجعل.

قُلتُ: يجاب بأن كل العوض من العامل إنما هو نفس الإتيان بالآبق لا مؤنته، ومؤنته أمر يتوقف الإتيان به عليه لا مدخل له في العوضية كأصل المذهب في استئجار العبد على أن يأتيه بالغلة العوض فيها من العدد منافعه لا عوضها.

وكذا قال ابن رُشْد: إن ساوت مؤنته الجعل رفعه للإمام، ويحكم له بالجعل، وهذا إنما هو في مؤنة توصيله لا في نفقة قوته وكسوته التي يقضى بهما على ربه لو كان حاضرًا هذا على ربه مطلقًا فاعلمه.

ولعل الشَّيخ توهم أن المراد بالنفقة هذا، وليس كذلك فتأمله، فإن لفظ النفقة في هذه المسألة وقعت في كلامهم مشتركة بين نفقة الإيصال ونفقة القوت، وقد علمت أن نفقة القوت واجبة على السيد، وأن من قام عن غيره بنفقة من تجب عليه نفقته تبعه بها.

وفي اللقطة منها: قيل: هل لمن وجد بقِا خارج المصر أو في المصر جُعل إن طلبه؟

قال: قال مالك: فيه ولم يذكر خارج المصر، ولا داخله إن كان شأنه يطلب الضوال لذلك، ويردها فله الجعل بقدر بعد الموضع الذي أخذه فيه أو قربه، وإن لم يكن ذلك شأنه إنما وجده فأخذه فلا جعل له، وله نفقته.

قُلتُ: يريد: إلا أن يدعه ربه فلا نفقة عليه، وهي مؤنة إيصاله لقوله فيها: ما أنفق على ما التقط من عبد أو أمة أو غيرهما ليس لربه أخذه حتى يدفع ما أنفق عليه أو يسلمه لمن أنفق عليه،ولابن رُشْد في رسم محض القضاء مع الصقلي عن محمد: لا نفقة له، وعزوه ابن عبد السلام لابن الماجِشُون لا أعرفه،واختصرها أبو سعيد سؤالًا وجوابًا؛ لأنه أوجب الجعل بمجرد كون الآتي به شأنه ذلك، ولم يعتبر هل ربه ممن يلي

طلبه بنفسه أو بأعوانه أو لا؟

كما تقدم اعتبار ذلك فيمن حرث أرض رجل، واعتبر ذلك اللخمي قاله في مسألة من جوعل على آبق فاستحق من يده حسبما يأتي إن شاء الله.

وفي كتاب اللقطة: سمع عيسى ابن القاسم: من جعل جعلا لرجل على آبق فانقلب به، ثم أفلت فأخذه آخر فأتى به إن أفلت بعيدًا من مكان سيده فكل الجعل للثاني، ولا شيء فيه للأول، وإن أفلت قريبًا منه فالجعل بينهما على قدر شخوص كل منهما.

ابن رُشْد: هذا بين؛ لأن المجعول له الثاني هو المنتفع بعمل الأول إذا أفلت بالقرب بخلاف المجاعلة على حفر الآبار كما مر في رسم أخذ يشرب خمرًا من سماع ابن القاسم في كتاب الجعل.

قُلتُ: ونقل ابن شاس سماع عيسى فأجاد.

وقال ابن الحاجب: لو أفلت فأخذه آخر فجاء به، فقال مالك: الجعل بينهما بقدر شخوص كل واحد.

ابن عبد السلام: هذا صحيح إن كان العبد لم يبعد عن الموضع الذي أفلت فيه، ولو رجع إلى حيث وجده الأول لابتغى أن لا يكون للأول شيء.

وأشار بعض الشُيُوخ لرعي هذا المعنى ذكره في مسألة أخرى.

وسمع عيسى ابن القاسم: من جوعل على حفر بئر حتى يدرك ماءها فعمل، وترك ثم جوعل غيره عليها فللأول بقدر ما انتفع الثاني بعمله بالاجتهاد، ولا حد له رب أرض صلبة، وأخرى رخوة.

قال العتبي: وسمع عيسى رواية ابن القاسم: يكون للآخر جعله كاملا، والجعل من الأول بقدر ما انتفع بحفره، وكنت أقول له قيمة ما عمل يوم عمل، وقال ابن كنانة: بل قيمة ما عمل اليوم فدخلنا على مالك فقال له على قدر ما انتفع بحفره يأخذه الآخر كل جعله، وينظر لقيمة ما انتفع به من عمل الأول فيعطاه لا يلتفت للجعل الأول لو كان الجعل الأول عشرة، وقيمه ما انتفع به من قيمة عمله خمسة عشر فله ذلك

لا يلتفت للجعل الأول.

ابن رُشْد: معنى قول مالك: ينظر إلى قيمة ما انتفع به من عمل الأول أن ينظر على ما جعل على تمامها للثاني، وعلى ما كان بجعل على حفر كلها لو لم يتقدم فيها حفر يومه ذلك فيكون للأول ما زاد على ذلك على تمامها للثاني؛ لأنه الذي انحط عنه لعمل الأول، وكذا لو أتمها باستئجار فللأول فضل ما يستأجر به على حفر جميعها على ما استأجر به على حفر تمامها، ولو كان أكثر من الجعل الأول، وهو أظهر من قول ابن القاسم وابن كنانة؛ لأنه لما كان لا يجب عليه شيء إن لم ينتفع وجب أن لا يكون عليه إن انتفع إلا قدر ما انتفع به، وإنما يشبه أن يكون عليه قيمة عمله يوم انتفع به أو يوم عمله، إذا انتفع به كما هو دون أن يتمه بإجارة أو جعل في وجه من وجوه المنافع من كنيف يحدثه وشبه ذلك.

والقياس أن يكون له في هذا بحساب ما عمل من جعله الذي جاعل عليه، وشبه هذا الدلال يجعل له الجعل على شيء فيسوقه، ثم يبيعه ربه بغير حضرته، ولو باعه له دلال آخر بجعل أخذه منه كان الجعل بين الدلالين بقدر عنائهما؛ لأن الدلال الثاني هو المنتفع بتسويق الأول دون رب السلعة إذ أدى للثاني جعلًا كاملًا لم ينقص منه بسبب الأول شيئًا، وهو قياس سماع عيسى في كتاب اللقطة فيمن جعل لرجل جعلًا في طلب آبق فيجده فيأتي فينفلت منه، ويذهب ويجعل ربه عليه جعلًا آخر لرجل آخر فيأتي به أنه إن أفلت بعيدًا من مكان ربه فالجعل كله للثاني، ولا شيء فيه للأول، وإن أفلت قريبًا من مكانه فالجعل بينهما على قدر شخوص كل واحد منهما بقدر ما يرى.

اللخمي: إن أتى المجعول له بالعبد فأبق منه في بعض الطريق فلا شيء له من الجعل، ولا من نفقته عليه، فإن ترك العمل فجعل ربه فيه لآخر بعد أن رجع للموضع الذي أخذ منه أو قربه، وجعله للثاني في طلبه من مثل الموضع الذي هرب منه كان للأول بقدر ما انتفع به سيده، وإن جاعل الثاني على طلبه حيث يجده قرب أو بعد والجعل الآن مثل الأول فلا شيء للأول، وإن كان الثاني أقل؛ لأنه لا يطلبه إلا في المواضع القريبة فللأول بقدر ما انتفع به في طلبه.

قُلتُ: ويأتي تمام الكلام فيه.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: من جوعل على آبق فاستحق منه بعد أخذه إياه، وقبل أخذ جعله، وقبضه من جاعله رجع بجعله على من جاعله، ولا شيء على مستحقه.

ابن رُشْد في الموازيَّة: إثر هذا ويكون على مستحقه الأقل من جعل مثله ،والمسمى وناظرت فيها من أرضى فقال مثله.

محمد: لأن كل آت بآبق تكلف طلبه له جعل مثله، ولا نفقة له، وإن جاء به من لم يطلبه فلا جعل له ولا نفقة.

ابن رُشْد: قوله فيمن لم يطلبه لا نفقة له خلاف قولها، والأظهر قول ابن القاسم؛ لأن المنفعة فيه إنما هي للجاعل دون مستحقه؛ لأن ضمانه منه لو لم يوجد خسر الثمن الذي أدى فيه، فإذا وجد فأخذه مستحقه رجع على بائعه بثمنه، والمستحق إن لم يوجد لم تكن مصيبته منه؛ لأن له إجازة البيع، وأخذ الثمن من بائعه، وهذا الخلاف إنما هو إن أخذه مستحقه، ولو أجاز البيع، وأخذ الثمن كان الجعل على الجاعل اتفاقًا.

ولابن أبي جعفر الدمياطي عن ابن القاسم: من جوعل على بيع ثوب فباعه، ثم استحق فلا جعل له،وهذا بين؛ لأن المستحق إن أخذ ثوبه انتقض البيع، فإن أجاز البيع، وأخذ الثمن ثبت الجعل على الجاعل، ويرجع به على المستحق.

قُلتُ: ذكر اللخمي قول محمد وقال: هذا أبين إلا أن يكون المستحق ممن يطلبه بنفسه أو بغير ذلك بغير أجر، وفي السماع المذكور استحقاقه بحرية كاستحقاقه بملك.

الشَّيخ عن أَصْبَغ: إن استحق بحرية من الأصل فلا جعل له على أحد.

قُلتُ: ولم يتكلم ابن رُشْد على استحقاقه بحرية بوجه.

وفي النوادر: قال عبد الملك: من جعل في آبق جعلًا، ثم أعتقه فلا شيء لمن وجده بعد ذلك، وإن لم يعلم بعتقه، ولو أعتقه بعد أن وجده فله جعله، فإن كان عديما فذلك في رقبة العبد؛ لأنه بالقبض وجب له الجعل.

قال أحمد: إن أعتقه بعد قدومه فكما قال: وإن أعتقه بعد علمه أنه وجده لزمه جعله، فإن لم يجد عنده لم يصح عتقه حتى يقبض هذا جعله مبديا على الغرماء.

أحمد: كالرهن.

قُلتُ: وقبله الشَّيخ، ولم يتكلم عليه بشيء، وكذا الباجي، وذكر قيل: قول عبد الملك عن أَصْبَغ: من جعل على آبق وأعتقه بعد أن عمل وشخص فله جميع الجعل، وإن لم يعمل شيئًا، ولا شخص فلا شيء له وفيه نظر؛ لأن قول أحمد: إن أعتقه بعد قدومه فكما قال: وإن أعتقه بعد علمه إلى آخره نص في قصده مخالفته قول عبد الملك في هذا القسم، وإذا تأملتهما لم تجد بين قول عبد الملك، وما قاله أحمد فرقًا إلا أن الجعل على ظاهر قول عبد الملك في غير العبد: فإن هلك فلا شيء على ربه من جعله كالعبد الجاني في أرش جنايته، وعلى ظاهر قوله أحمد الجعل في ذمة ربه لا يسقط عنه بموت العبد كدين العبد به رهن، ولذا قال أحمد آخر كلامه: كالرهن.

وهذه التفرقة ينبغي كونها على العكس؛ لأنه إذا أعتقه بعد قدومه به كان عتقه إياه بعد تقرر الجعل في ذمته؛ لأنه بنفس إتيان المجعول له به، ثم عمله فوجب جعله على من جاعله، وتعلق العبد بذمته، وصار العبد بيد المجعول له رهنا لجعل فكان عتق ربه إياه بمنزلة عتق رب العبد عبده الرهن، وإن أعتقه قبل قدومه كان ربه أخرجه من ملكه قبل تمام عمل المجعول له فناسب عدم تعلق الجعل بذمته ضرورة تأخر تقرره عن خروج العبد من ملك ربه فانحصر تعلق الجعل برقبة العبد.

[باب في شرط الجعل]

وشرط الجعل أن لا غرر فيه(1):

فيها: ما لا يجوز بيعه لا يجوز أن يكون ثمنًا لإجارة أو جعل.

وذكر ابن رُشْد لفظ المدَوَّنة هذا في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الجعل من مسائل منتخبة لابن لبابة قال: رأيت فيها: قال قال ابن القاسم: كل ما جاز

---

(1) قال الرَّصاع: (فإن قلت): قدم الآن شرط الجعل.

(قُلتُ): الجعل لفظ مشترك فالمتقدم يصدق على المحدود، وهذا يصدق على العوض، وقد نقل عن ابن القاسم ما جاز بيعه صح أن يجعل إجارة أو جعلا.

بيعه جاز الاستئجار به، وأن يجعل جعلا، وما لم يجز بيعه لم يجز الاستئجار به، ولا جعله جعلا إلا خصلتان فيمن يجعل لرجل على أن يغرس له أصولا حتى يبلغ حد كذا، ثم هي والأصل بينهما، فإن نصف هذا لا يجوز بيعه، وفيمن يقول القط زيتوني فما لقطت من شيء فلك نصفه فهذا يجوز؛ يريد: وبيعه لا يجوز.

قال: وعن مالك: لا يجوز واتفق.

قوله على جواز: اقتض مائة ولي على فلان، وما اقتضيت لك نصفه، وهما سواء.

ابن رُشْد: الفرق في لفظ الزيتون غرر، إلا أن أوله أهون من آخره، ولا يدري الجاعل هل يتم العامل العمل أولًا، والأظهر منع الجعل فيه، وهو على الاقتضاء بجزء من المقتضى جائز، ومنعه أشهب لما قررناه؛ لأن اقتضاء أوله أهون من باقية لا لقول أَصْبَغ؛ لأنه رآه من الجعل على الخصومة.

قُلتُ: عزا في غير موضع لأشهب أنه لا يجيزه.

وفي رسم البيوع من سماع أَصْبَغ ما نصه: قال أشهب: لا يعجبني على حال.

قال أَصْبَغ: كرهه من باب الجعل على الخصومة، وعلى الجواز لو قال: اقتض مائة من فلان ولك نصفها، وما اقتضيت، ولك نصفه جاز، ولو لم يزد فلك نصفه، ففي جوازه قولان لابن القاسم كابن وَهْب.

ابن رُشْد: بناء على حمله على الإجارة والجعل.

وسمع عيسى ابن القاسم: من قال لرجل: صح على هذه السلعة، فإن بعتها بعشرة دنانير فلك من كل دينار سدسه لا بأس به كأنه قال: بعها ولك دينار وثلثان، فإن باعها بأكثر فليس له إلا ذلك، ولو قال: بعها فما بعتها به من دينار فلك من كل دينار سدسه، ولم يؤقت له ثمنا كان حرامًا لا خير فيه.

ابن رُشْد: لأن شرط الجعل أن يكون معلومًا.

وفيها: قبل ما تقدم من قال من جاءني بعبدي الآبق فله نصفه لم يجز؛ لأنه لا يدري ما دخله، فإن جاء به فله أجر مثله، وإلا فلا شيء له.

عبد الحق: من قدم به فهلك بيده فله قيمة عنائه في طلبه ونصف قيمة عنائه في

رجوعه لوقت هلاكه، ولربه عليه قيمة نصف عبده يوم قبضه، وهو جعل فاسد على سمع ابن القاسم من جاعل في آبق له فقال: إن وجدته فلك كذا وكذا، وإن لم تجده فلك نفقتك وطعامك وكسوتك لا خير فيه.

ابن القاسم: إن وقع فله جعل مثله إن وجده، وإن لم يجده فله أجر مثله.

أَصْبَغ عن ابن القاسم: لا أجر له.

ابن رُشْد: في رد فاسد الجعل لحكم نفسه إن أتى به فله جعل مثله، وإلا فلا شيء له أو لحكم الإجارة له أجر مثله، وإن لم يأت به، ثالثها: هذا إن التزم له عوض، وإن لم يأت به كهذه المسألة، وإلا فالأول وجه الأول بناء على جعل دليل الجعل أصلا في نفسه، والثاني على جعله إياه نوعا من الإجارة إجارة ذات غرر بشروط، والثالث على أن لزوم العوض في حالتيه قوي شبهه بالإجارة، وهذا أظهرها، واختاره ابن حبيب، وحكاه عن مالك والأخوين.

والأقوال الثلاثة راجعة لأصل جارية على قياس، وقول ابن القاسم في هذا السماع: له جعل مثله إن وجده، وأجر مثله إن لم يجده لا يرجع لأصل، ولا يجري على قياس، وكذا قوله في المدَوَّنة: في إن جئت بعبدي الآبق فلك نصفه له أجر مثله إن أتى به، وإن لم يأت به فلا جعل له، ولا إجارة لا حظ له في نظر ولا قياس.

ابن عبد السلام: معنى قوله فيها: إن جاء به فله أجر مثله أنه إن أتى به، وإن لم يأت به فلا جعل، ولا إجارة عند المحققين جعل مثله؛ لأن أجر المثل يجب، ولو لم يظهر لعلمه فائدة، وجعل مثله لا يجب حتى يظهر له فائدة، وهي الإتيان بالآبق، ولما علق وجوب العوض منه على إتيانه به دل على أنه أطلق لفظ الأجر على الجعل مجازًا.

قُلتُ: ما عزاه للمحققين هو ما تقدم لعبد الحق، وهو خلاف ما تقدم لابن رُشْد، ودليل ابن رُشْد قوله في المدَوَّنة: لا جعل له، ولا إجارة فعطفه الإجارة على الجعل ظاهر في عدم إرادته بالإجارة الجعل.

اللخمي في الموازيَّة: من جعل في آبق أو في اقتضاء دين جعلا، فإن لم يجده أو لم يقبض الدين فله نفقته فسد، وإن وجده أو اقتضاه فله جعل مثله، وإلا فلا شيء له.

وقال في العتبيَّة: إن لم يجده فله أجر مثله فرده فللإجارة الفاسدة لما جعل له جعلًا ثانيًا على كل حال، ورده في القول الآخر إلى الجعل الفاسد، وأن لا شيء له إن لم يجده؛ يريد: إن كانت النفقة يسيرة في قدر الجعل.

ابن زرقون: في الحكم له بحكم الجعل أو الإجارة مطلقًا، ثالثها: إن جاء به فالأول، وإلا فالثاني، ورابعها: عكسه لرواية الواضحة والأخوين وابن القاسم ولها.

قُلتُ: وخامسها: ثالث نقل ابن رُشْد، وسادسها: إن كان ما التزم على إن لم يأت به يسيرا فالأول، وإلا فالثاني لتفسير اللخمي ما تقدم.

وسمع عيسى ابن القاسم جعل الرجل على آبقين له عشرة دنانير لا أحبه حتى يجعل في كل واحد جعلًا معروفًا، فإن نزل الأول وأتى بأحدهما فله من الجعل بقدر قيمة الذي أتى به من مجموع قيمتها.

ابن رُشْد: هذا خلاف قول ابن القاسم فيها له قيمة عمله على قدر عنائه، وطلبه.

وقول ابن نافع فيها: له نصف العشرة.

قال: والجعل عليهما لا يخلو من أربعة أوجه، فإن جعل فيهما جعلًا واحدًا على أن لا شيء له إلا أن يأتي بهما معًا فسد اتفاقًا.

وفيه: إن وقع ما تقدم في الفاسد، فإن كان على إن أتى بأحدهما فله نصف الجعل أو على إن أتى بفلان منهما فله منه كذا، وإن أتى بالآخر فله منه كذا جائز.

قُلتُ: زاد التونسي: إن عين لكل منهما بعينه قدرًا من الجعل متفاوتا جاز إن عرفهما المجعول له، فإن جهلهما ففي جوازه قولان الأظهر الثاني.

اللخمي: إن اختلف الجعل فيهما فأجازه في الموازيَّة، ولو جهلهما، ومنعه أحرى، وهو أشبه، ولو استوى واختلف قيمتهما فأجازه في الموازيَّة، ومنعه في غيرها.

ابن رُشْد: وإن كان على أن له فيما أتى به منهما من الجعل بقدر قيمته من قيمة صاحبه ففي فساده وجوازه.

قال ابن الحاجب تابعًا لابن شاس: وحريم الدار المحفوفة بالموات ما يرتفق به من مطرح أو مصب ميزاب.

قُلتُ: هذا الحكم في هذه الصورة لا أعرفه لأحد من أهل المذهب بحال لكن مسائل المذهب تدل على صحته منها قولها: لمن حفر بئرًا منع من أراد أن يبني أو يحفر بئرًا في حريمها، ولو لم يكن على البئر من حفر بئر أخرى ضرر لصلابة الأرض لما يضر بهم في مناخ الإبل، ومرابض المواشي عند ورودها، ونحو هذا في الأمهات كثير، وتبعا في نص لفظها.

الغزالي: قال في وجيزه: وأما الدار فإن كانت في موات فحريمها مطرح التراب والثلج ومصب الميزاب، والممر في صوب الماء.

ابن الحاجب تابعًا لابن شاس: والمحفوفة بالأملاك لا تختص، ولكل الانتفاع بملكه وحريمه.

قُلتُ: في تسويته الانتفاع بحريمه، وملكه بمجرد عطفه عليه نظر؛ لأن مسمى حريمه المغاير لمسمى ملكه لعطفه عليه إنما يصدق على الفناء، وليس انتفاعه كانتفاعه بملك يجوز كراؤه مطلقًا، وأما فناؤه فسمع ابن القاسم لأرباب الأفنية التي انتفاعهم بها لا يضيق على المارة أن يكروها.

ابن رُشْد: لأن كل ما للرجل أن ينتفع به كان له أن يكريه.

قُلتُ: وهذه الكلية غير صادقة؛ لأن بعض ما للرجل أن ينتفع به لا يجوز له أن يكريه كجلد الأضحية، وبيت المدرسة للطالب ونحوه، وفناء الدار، وهو ما بين يدي بنائها فاضلًا عن ممر الطريق المعد للمرور غالبًا كان بين بابها أو غيره، وكان بعض شُيُوخنا يشير؛ لأنه الكائن بين يدي بابها، وليس كذلك لقولها في كتاب القسم، وإن قسما دارًا أن يأخذ كل واحد طائفة فمن صارت الأجنحة في حظه فهي له، ولا تعد من الفناء، وإن كانت في هواء الأفنية، وفناء الدار لهم أجمعون الانتفاع به.

ابن رُشْد: إثر كلامه السابق، وهذا لا أعلم فيه خلافًا، ولا يباح لذى الفناء أن يدخله في داره، فإن فعل وهو يضر بالطريق هدم عليه، ورد كما كان، وإن كان لا يضر ففي تهدمه كذلك قولان لسماع زونان ابن وَهْب مع أشهب، و أَصْبَغ مع سماعه أشهب: والقائلون بالأول أكثر، والثاني أظهر، ونزلت بقرطبة فأفتى ابن لبابة وأيوب

ابن سليمان، ومحمد بن وليد: بعدم الهدم.

وأفتى عبد الله بن يحيى، وأبيه يحيى، ويحيى بن عبد العزيز، وسعد بن معاذ، وأحمد بن نصر: بالهدم.

وسمع ابن القاسم: في كتاب ابن القاسم: ليس لمن له دار في رحبة لأهل الطريق ارتفاق بها حين ضيق الطريق بالأحمال، وشبهها أن يجعل عليها بابًا حتى تكون الرحبة له فناء، ولم يزد فيها ابن رُشْد، ونزلت عندنا بتونس في موضعين؛ فحكم بالهدم الباب وإزالته.

وسمع أَصْبَغ: ابن القاسم: في الأقضية لمن له داران بينهما طريق أن يبني على جداريها غرفة أو مجلسًا فوق الطريق، وإنما يمنع من الإضرار بتضييق الطريق.

ابن رُشْد: هذا إن رفع بناءه رفعًا يجاوز رأس المار راكبًا، ونحوه في الزاهي، وكذا الأجنحة.

وفيها: كل ما أحدثه ذو عرضة فيها من فرن أو حمام أو أرحية ماء أو غيرها أو كير للحديد أو أفرانا لتسييل الذهب والفضة أو آبارًا أو كنفًا فكل ما أضر بجاره من ذلك منع، واستخف اتخاذ التنور.

وسمع يحيى ابن القاسم في الأقضية: من له دار لاصقة بأندر قوم انتفاع ربه به، ودراسته يمنع من بنائه بأرضه ما يضر الأندر في قطع منفعة ربه به كالريح ونحوه، وقاله ابن نافع وسَحنون في آخر قوليه وقال: أولًا له ذلك قائلا: وإحداث الأندر على رب الأندر أو الجنان ضرر يمنع ابن رُشْد إحداث أندار بإزاء دار أو جنان يضر ما يقع بأحدهما من تبن عند المذر، وبه ضرر وكذا دخان حمام أو فرن أو رائحة دبغ أو إلصاق كنيف بجدار جاره أو رحى تضر بجداره وشبهه اتفاقًا في الجميع، ومنه ضرر الاطلاع كإحداث كوة أو باب يطلع من إحداهما على دار جاره أو يتخذ عليه قصبة يشرف منها على عياله، وشذ قول أشهب وابن الماجِشُون ومحمد بن مسلمة ومحمد بن صدقة من أصحاب مالك: أنه لا يمنع، ويقال لجاره استر على نفسك إن شئت.

قُلتُ: في لفظ إن شئت نظر، أشار إليه الصقلي في نحو هذا وقال: الجواب أن يستر

على نفسه، وظاهر قول ابن رُشْد: على دار جاره قصره على الدور دون البساتين، ونزلت بتونس أوائل هذا القرن على ما أخبرني به بعض شُيُوخنا أحدث من كان له بعض معرفة بأهل الأمر من التجار في مرج جنانه طاقة يطلع منها على سطح جابية بجنان قاضي الأنكحة حينئذ، وتحاكما لقاضي وقتيهما الفقيه أبي إسحاق بن عبد الرفيع فأبصرت من إثر حكمه ما ترينا بجانب الطاقة المذكورة يمنع الاطلاع على السطح المذكور فما أدري هل كان بالحكم بينهما أو بتراضيهما، وفي الحكم فيه اختلاف حسبما يأتي إن شاء الله تعالى، وأشار لي بعض من لقيت بأن المسألة في نوازل ابن الحاج فيها ما نصه لا خلاف في منع الاطلاع على الدور والفدادين والمزارع لا خلاف في إباحة البناء الذي يطلع منه عليها والجنات مختلف فيها أخبرت به عن ابن الطلاع والكروم القريبة كالجنات لا سيما عندنا لكثرة تكرار أهلها بعيالهم إليها.

الباجي: عن الأخوين من بنى على شرف يطل منه على موردة القرية على علوة أو علوتين، فإن كان لإشراف مكانه لم يمنع، ولو وجد عنه مندوحة، وكذا لو اطلع من ذلك الشرف على دور جيرانه إن كان ذلك حال الموضع قبل البناء، وإن كان اطلاعه على الموردة بعلية فتح بابها للموردة أو كوى منع ابن عات عن المشاور إنما يمنع الاطلاع إذا تبينت الأشخاص، وإلا فلا.

قُلتُ: انظر هل مراده الأشخاص باعتبار الصنف كالرجل من المرأة أو النوع كالإنسان من غيره، وأما بالجزئية كزيد من عمرو فلا، وانظره مع تحديد الأخوين بالعلوة والعلوة قدرها مائتا ذراع قاله ابن رُشْد في قصر المسافر.

وسمع عبد الملك بن وَهْب: من شكا بشجرة بدار جارة لإشراف من يطلعها لاحنائها على داره، وخوف أن يتطرق إليه منها لم يكن له قطعها، وله قطع ما دخل من أغصانها في أرضه.

ابن رُشْد: له قطع ما طال من الحادثة فأضر حائطه أو دخل هواء حقه، وقلعها إن أضرت حائطه، وإن كانت الشجرة قديمة قبل دار الجار فليس للجار قطعها، ولو أضرت بجدار، وفي قطعه ما أضر به مما طال من أغصانها قولا أَصْبَغ مع مُطَرِّف، وابن

الماجِشُون؛ لأنه علم أن هذا يكون من حال الشجرة فقد حاز ذلك من حريمها، والأول أظهر، واختاره ابن حبيب، ولمن له أرض بجانب شجره في أرض جاره قطع ما دخل في أرضه، وامتد من فروعها على أرضه، ومن كانت في أرضه شجرة لغيره فليس له قطع ما طال، وانبسط منها قاله ابن القاسم وغيره.

وسئل ابن رُشْد: عن صومعة أحدثت يطلع منها على بعض الدور هل هي كالشجرة يطلع منها حين اجتنائها على دار الجار فأفتى بسد كل ما يطلع منه على دار، وفرق بينهما وبين الشجرة بكثرة صعود الصومعة، وقلة طلوع الشجرة، وفي حريم البئر منها من رفع بناءه ففتح كوى يشرف منها على جاره منع، وكتب عمر في هذا أن يوقف على سرير، فإن نظر منه إلى ما في دار جاره منع، وإلا لم يمنع.

قال مالك: يمنع من ذلك ما فيه ضرر،ونحوه في سماع عبد الملك ابن وَهْب من كتاب السلطان.

ابن رُشْد: مثله لأشهب، وفي حريم البئر منها فذكر له نصها، وقال: لأن الأسرة مما تتخذ في البيوت، فإذا كان ما قام عليها اطلع على دار جاره منع، والمعنى في هذا كله أن ما لا يوصل إليه من الاطلاع إلا بكافة ومؤنة، وقصد إلى الاطلاع بتكليف صعود لا وجه إلا ذلك لم يمنع منه، وقيل: للذي يشكو الاطلاع بتكليف صعود لا وجه إلا ذلك لم يمنع منه استر على نفسك، فإن أثبت أنه اطلع عليه بقصد إلى ذلك وجب على الإمام تأديبه حتى لا يعود إليه.

وأفتى الشُيُوخ عندنا فيمن فتح في قصبته بابًا لا يطلع منه على دار جاره إلا بأن يخرج رأسه من الباب ليطلع أو يخرج إلى السقف أو إخراج أحد منه رأسه ليطلع، وهو أحسن من الفتوى، وإن ثبت ضرر الاطلاع ففي وجوب الحكم بسده، وإزالة أثره خوف دعوى قدمه وعدم وجوب سده، والاكتفاء بجعل أمام ذلك ما يستره قولان لسماع أشهب من الأقضية، وابن الماجِشُون في الواضحة.

وذكر المتيطي قبل ذكره ما تقدم من كلام ابن رُشْد ما نصه: من أراد أن يحدث على جاره كوة أو بابًا أو غرفة يشرف منها على ما في دار جاره أو أسطوانة أو غرفته منع من

ذلك، فإن أحدثها قضي بغلق الكوة، والباب بالبناء وقلع عتبة الباب؛ لأنها إن تركت وطال الزمان ونسي الأمر كانت حجة للمحدث، وقال: إنما أغلقته لتعيده متى شئت، وكذا عتبة باب الدار.

قُلتُ: كذا ذكره غير معزو وكأنه المذهب، وذكره الصقلي جوابًا لسَحنون عن سؤال حبيب إياه.

وقال ابن رُشْد في أول رسم من سماع القرينين في الأقضية: هو دليل هذا السماع.

وقال ابن وَهْب: كتب عمر بن الخطاب؛ فذكر ما تقدم.

وقال عقبة: والعمل على قول مالك.

قُلتُ: فظاهره أن قول مالك خلاف المروي عن عمر، وقال ابن أ بي زَمَنَيْن: قال بعض مشايخنا: السرير في هذا الحديث فرش الغرفة.

قاله بعض المتأخرين: وقيل: السرير السلم وأبواب الغرف أضر من أبواب الدور والضرر الذي يوجب إغلاق أبواب الغرف المحدثة هو أن يقف واقف في الباب المحدث، ويستبين له في دار المحدث عليه الوجوه، فإن لم يظهر الوجوه لم يكن الإحداث ضررًا، وبقي بحاله.

وفي تضمين الصناع منها: من كان له على جاره باب قديم أو كوة قديمة لا منفعة له فيهما، وعلى جاره مضرة بهما لم يمنع منهما؛ لأنه أمر لم يحدثه عليه، ولم أسمعه من مالك.

ابن رُشْد: ومثله لابن الماجِشُون قال: الأبواب والكوى القديمة قبل بناء الدار المطلع عليها لا يمنع.

الصقلي في حريم البئر: رأيت بعض فقهائنا يعني ويستحسن أن له منعه من التكشف، وإن كانت قديمة، وإن رضيًا بذلك لم يتركا؛ لأنه رضى بما لا يحل، وهو خلاف المنصوص.

ابن رُشْد عن ابن الماجِشُون: لو أراد رب عرصة منع جاره من فتح باب على عرصته قبل بنائها لضرر ذلك عليه إذا بنى لم يكن له ذلك.

وقال مُطَرِّف: له منعه قبل البناء وبعده، ولو ترك منعه قبل البناء كان له منعه بعده إلا أن يكون رب العرصة اشتراها على ذلك، وقاله أَصْبَغ وابن حبيب.

ابن زرقون: في منعه قبل بناء القاعة وبعدها وعدمه فيهما، ثالثها: بعده لا قبله لمُطَرِّف وابن الماجِشُون وابن القاسم.

قُلتُ: نقلها الباجي قائلا: في الثالث أظن أني رأيته لابن القاسم وابن رُشْد، واختلف على ما في المدَوَّنة إن أشكل قدمه وحدوثه، ففي حمله على القدم أو الحدوث قولان لكتاب ابن سَحنون وأحكام ابن زياد.

قُلتُ: زاد ابن زرقون: وبه الحكم لحديث: **«لا ضرر ولا ضرار»**[1].

قُلتُ: ويتخرجان على قولي ابن القاسم وأشهب فيهاك فيمن ابتاع سلعة بروية متقدمة ادعى مبتاعها عند رؤيتها تغيرها.

المتيطي: إن لم تقطع البينة بمعرفة الأحداث، وقالت: رأيت أشياء يدل على الأحداث، وفيه ضرر على فلان وجب قطعه مع يمين القائم على أنه محدث كذا ما يمنع به دار جاره الضوء والشمس، والريح جائز.

ابن رُشْد: شذ قول ابن نافع بمنعه.

قُلتُ: كذا ذكره لا بقيد وللصقلي عن ابن كنانة في المجموعة: إن رفعه ليضر بجاره في ذلك، ولا يقع له في بنائه منع، ومن له حائط به رف خرجت أكلبه لدار جاره في جواز بنائه عليه غرفة أو غيرها، ومنعه نقلا ابن سهل عن ابن العطار، وابن عتاب مع ابن مالك بناء على قصر يملك الهواء على ملك قاعة الأرض إضافة ملك كل هو الملك بنائه.

ابن سهل: الأول أشبه.

---

(1) أخرجه مالك في الموطأ: رقم (1429) كتاب الأقضية باب القضاء في المرفق، وأحمد: 1/ 313، رقم (2867)، وابن ماجه: 2/ 784، رقم (2340) كتاب الأحكام باب من بنى في حقه ما يضر بجاره.

قُلتُ: هو دليل قول قسمها في مسألة الأجنحة، وتقدمت.

الصقلي: وسئلت عن من بنى دارًا أو سطحًا على أن يبني فوق السطح فعجز عن البناء، والسطح يكشف جيرانه فلم يقوموا عليه حتى باعها بعد سنة من وقت بنائها فقام على المشتري منهم من يكشف عليه طالبًا له بالستر، فقال: كذا اشتريت، ولم أحدثه عليكم فظهر لي أنه عيب إن لم يبين البائع قرب بنائه، فيخير المشتري في تماسكه، والستر على الجار، وفي رده فيستر البائع إلا أن يمضي لذلك كثير السنين كالعشر سنين ونحوها، ولم يقوموا، وقاله جماعة من أصحابنا.

قُلتُ: لابن رُشْد في نوازل أَصْبَغ من جامع البيوع في لغو استحقاق ملك الضرر المحدث بالجواز مطلقًا، وملكه بحوزه مما يحاز به الأملاك عشرة أعوام ونحوها أو بالعشرين ونحوها، رابعها: بخمسة عشر، وخامسها: بأربع سنين، وسادسها: قصر استحقاقه بالحوز على ما ضرره على عقد واحد، وما يتزايد أبدًا، كالمطمر إلى جانب الحائط وشبهه هو لغو فيه لابن حبيب، وأحد قولي أَصْبَغ، وثانيها، وابن الماجِشُون مع استحسانه.

ابن زَرْب وابن سَحنون عنه وعن غيرهم.

قُلتُ: هذا عزاه ابن سهل لنقل ابن أ بي زَمَنَيْن عن فتوى يحيى بن إبراهيم بن مزين ومثل ما لا يزيد بفتح الأبواب، والكوى، وما لا يزيد كالكنيف ومحل الدبغ.

وفي سماع القرينين من كتاب الأقضية لمن أحدث على أرضه مرور ما سكت عنه أربعين سنة القيام بقطعه.

ابن رُشْد: هذا على القول أن الضرر لا يحاز.

قُلتُ: وسابعها: مطلق ما زاد على عشر، وثامنها: مطلق ما زاد على عشرين لمفهومي.

نقل ابن سهل عن ابن لبابة قوله: العشر سنين قليل، ونقله عنه سمعت رواية المبسوط وغيرها بناء على القولين في جميع الرجلين سلعتيهما في البيع؛ لأن جملة الجعل معلوم، وما يقع لكل عبد لا يعلم إلا بعد التقويم.

قُلتُ: سبقه التونسي بهذا الأجر أو تقدم رده بأن الجهل إنما يرجع في السلعتين للبائعين فقط لا للمشتري والجهل هنا راجع لكل من العاقدين.

قال: وإن كان على إطلاق الجعل دون بيان ما يكون إن أتى بأحدهما فاختلف على ما يحمل من الأوجه الثلاثة علمه ابن القاسم فيها على ظاهره من أنه لا شيء له إلا بإتيانه بهما، فجعله فاسد أو حمله في هذا السماع إن وقع مع كراهته ابتداء على قصد أن له في الذي يأتي به منهما من الجعل بقدر قيمته من قيمة الآخر، وحمله ابن نافع على قصدهما ما يجوز، وهو إن له أن أتى بأحدهما نصف الجعل، فأوجب له ذلك.

ومن جعل في آبق له لرجل عشرة ،ولآخر خمسة فأتيا به ففي كون الواجب له العشرة بينهما أثلاثا أو لكل واحد نصف جعله قولا ابن القاسم وابن نافع فيها، ورجحه التونسي واللخمي ومحمد وروي: لو عيب العبد بعد أخذه المجعول له أو قبله ونقصت قيمته عن الجعل فله جعله كاملاً.

[باب في العمل في الجعل]

والعمل فيه لا يشترط فيه علم متعسره بخلاف متيسره كل المذهب جوازه على الآبق مع جهلهما ناحيته بخلافه على استخراج الماء من الأرض(1).

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (إن لا يشترط علم متعسره)، وانظر ما نقله عن المقدمات وابن فتوح مع هذا؛ لأنه وقع في المقدمات وابن فتوح ليس من شرط العمل أن يكون معلوما بل يجوز المجهول قال: فظاهره عدم اشتراط خبرة الأرض، وليس كذلك مذهب المدَوَّنة انظره، وقال قبل هذا: والعمل فيه لا يشترط علم متعسره بخلاف متيسره، ثم ذكر ما يشهد لذلك من المدَوَّنة وغيرها.

قال: وهو نص ابن فتوح عن المذهب.

قال: وقول ابن رُشْد: ليس من شرط كون العمل معلومًا بل يجوز فيه المجهول ظاهره عدم اشتراط خبرة الأرض، وقد قدم عن المذهب أنه لا بد من خبرة الأرض انظره، ثم إن الشَّيخ بعد هذا ذكر كلية المدَوَّنة في قولها كل ما جاز فيه الجعل جازت فيه الإجارة، وليس كلما جازت فيه الإجارة جاز فيه الجعل.

ثم قال: (قُلتُ): صدق هذه الكلية على ظاهر قول ابن الحاجب وابن رُشْد والتلقين القائلين بصحة =

الجعل في العمل المجهول لا يصح، وعلى منعه فيه صدقها واضح ويلزم منه منع الجعل على حفر الأرض لاستخراج مائها مع جهله بحال الأرض لمتقدم نصها بمنع الإجارة على حفرها لذلك مع جهل حالها فلو جاز الجعل فيه مع الجهل كذبت الكلية لصدق نقيضها أو منافيه،ا وهو قولنا بعض ما يجوز فيه الجعل ليس بجائز فيه الإجارة أو غير جائز فيه الإجارة الأول سلب والثاني عدول وذلك البعض هو الأرض المجهول حالها لهما، ثم قال: ولما شاع زمن قراءتنا صحة قول ابن التلمساني في شرح المعالم الفقهية مهما صدقت القضية صدق عكسها إن كان لها عكس وعكس نقيضها كان يمشي لنا قراءة، وإقراء اعتبار ذلك في كليات الكتاب فعكس القضية هذه بالمستوي واضح صدقه، وهو قولنا: بعض ما تجوز فيه الإجارة يجوز فيه الجعل، وعكس نقيضها بالمستوي هو قولنا كل ما لا تجوز فيه الإجارة لا يجوز فيه الجعل وبالمخالف وهو قولنا لا شيء مما تجوز فيه الإجارة فغير جائز فيه الجعل هذا كلامه.

قول الشَّيخ: (صدق هذه الكلية... إلخ) قرر بذلك أن الكلية المذكورة لا تصدق على قول جماعة، وتصدق على قول المدَوَّنة أما عدم صدقها على قول من ذكر فلأجل النقل عنهم بجواز الجعل في حفر الأرض مع عدم الاختبار، وأما صدقها على قول من منع ذلك فواضح؛ لأن الجهالة لا تجوز في الجعل ولا في الإجارة ويلزم ذلك منع الجعل على استخراج الماء من الأرض مع الجهل فصدق هذه الكلية ملزوم لذلك؛ لأنه تقدم في المدَوَّنة منع الإجارة على حفر الأرض مع جهل حالها، فيقال على ذلك لو جاز الجهل في الجعل على ذلك كذبت الكلية لصدق نقيضها أو منافيها، والنقض هو قولنا بعض ما يجوز فيه الجعل ليس بجائز فيه الإجارة؛ لأن الأخرى كلية موجبة فنقيضها ما ذكر والمنافي الموجبة المعدولة المذكورة؛ لأن الموجبة المعدولة مع الموجبة المحصلة لا يجتمعان كما تقرر في ألواح القضايا؛ لأنهما يتعاقدان صدقا؛ لأنهما متفقان في الكيف مختلفان في العدول والتحصيل فصح من صدق ما ذكر كذب الكلية، والبعض الصادق فيه هو الأرض المجهول حالها في الإجارة كما تقدم نصها وكذب الكلية باطل لثبوت صدقها فبطل جواز الجهل في الجعل على ما ذكر، وبيان ما قرره من العكس في الأولين ظاهر لصادقية حد العكس على كل قضية أما عكس المستوي فرسمه تبديل واحد من طرفي القضية بعين الآخر على وجه اللزوم، وذلك صادق في قوله بعض ما تجوز فيه الإجارة إلخ، وعكس النقيض بالمستوي تبديل كل واحد من طرفي القضية بنقيض الآخر مع الموافقة في الكيف مع بقاء الصدق على وجه اللزوم، وذلك صادق في قوله كل ما لا تجوز فيه الإجارة إلخ.

وعكس النقيض المخالف تبديل الطرف الأول بنقيض الثاني، والثاني بعين الأول مع المخالفة في الكيف مع بقاء الصدق على وجه اللزوم، وهذا الثالث لم يظهر صدقه في الصورة التي رأيت منه في نسخة بل صوابه لا شيء مما لا تجوز فيه الإجارة يجوز فيه الجعل فتأمله.

في المعونة: يجوز بعد معرفة بعد ماء الأرض وقربه وشدتها ولينها، فإن لم يعرف ذلك لم يجز؛ لأنه جعل لا تدعو ضرورة إليه، وهو نص نقل ابن فتوح عن المذهب، وقول المقدمات: ليس من شرطه كون العمل معلومًا بل يجوز فيه المجهول ظاهره عدم شرط خبرة الأرض، وهو ظاهر ثاني مسألة في رسم أخذ يشرب خمرًا من سماع ابن القاسم، وقوله في المسألة الرابعة من أول رسم من سماع أَصْبَغ.

ابن الحاجب: العمل كعمل الإجارة إلا أنه لا يشترط كونه معلومًا، فإن مسافة الآبق والضالة غير معلومة.

ابن عبد السلام: كلامه يوهم العموم في كل أنواع عمل الجعالة، وليس كذلك مذهب المدَوَّنة، ولا يجوز الجعل في حفر البئر لا بعد خبرتها الأرض معًا، وشرط في العتبيَّة استواء حال الجاعل والمجعول له في العلم بحال الأرض.

قُلتُ: عزوه للمدَوَّنة شرط الخبرة لا أعرفه في الجعل نصًّا ولا ظاهرًا بل بلزوم يأتي محله إنما ذكره في الإجارة، وله اعتد في ذلك على ظاهر لفظ الصقلي قال ما نصه: قال مالك: لا بأس بالإجارة على حفر بئر بموضع كذا، وقد خبر الأرض، وإن لم يخبراها لم يجز.

قال يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: إن عرفا الأرض بلين أو شدة إن جهلاها معًا جاز، وإن علم ذلك أحدهما وجهله الآخر لم يجز الجعل فيه انتهى.

وهذا كالنص في حمل مسألة المدَوَّنة على الجعل لذكره عليها نقل يحيى عن ابن القاسم في الجعل.

قُلتُ: لفظها في الأم قلت: إن استأجرت من يحفر لي بئرًا بموضع من المواضع.

=

(فإن قلت): ما نسبه الشَّيخ للفهري، وقصر ذلك عليه فيه نظر؛ لأن ذلك ضروري في علم المنطق في كل كتاب منه في تقرر العكوسات الثلاث مع إقامتهم البرهان عليه فلم يظهر سر الاقتصار عليه مع معرفة طبقة الشَّيخ وما له من تأليفه المنطق.

(قُلتُ): كان يمر لنا أن هذا، وإن قرر في كتب المنطق لكن لفظ هذا الضابط لعله اختص به، والله أعلم.

قال: إن خبروا الأرض فلا بأس، وإن لم يخبروها فلا خير فيه كذا سمعت مالكًا، وسمعته في الإجارة على حفر قفر النخل بحفرها إلى أن يبلغ الماء إن عرف الأرض فلا بأس، وإن لم يعرفها فلا أحبه.

قُلتُ: فلفظ الإجارة مع ذكر قفر النخل كالنص في عدم الجعل؛ لأن حفر قفر النخل إنما يكون في الأرض المملوكة دائمًا أو غالبًا، والجعل على الحفر على المشهور لا يكون فيما يملكه الجاعل.

وتقدم نقل الشَّيخ عن محمد عن ابن القاسم: إن كانت الأرض للمستأجر لم يجز فيها جعل على بناء أو حفر، وما نسبه لابن الحاجب من إيهام العموم مثله لفظ المقدمات والتلقين.

وسمع عيسى ابن القاسم: من علم موضع دابة ضلت لم ينبغ أن يجاعل على إتيانه بها إنما ذلك في المجهول، ولا ينبغي له كتمه موضعها، وله قيمة عنائه لموضعها إن جاء بها.

اللخمي: هذا أحسن من كلام ابن حبيب لا شيء إن كان ممن لا يخرج ليأتي به، وإن كان ممن يخرج له بنفسه لو علم موضعه، فقول ابن حبيب أحسن.

ولم يحكه ابن رُشْد بل قال: إن طلب الآبق مجهول لا يجوز الجعل فيه إلا باستوائهما في الجهل بمحله، ومن علمه منهما دون صاحبه، فهو غار له كبيع الصبرة جزافا لا يجوز الجعل فيه إلا باستوائهما في جهل قدرها، فإن كان المجعول له في الآبق أو الضالة ذلك دون الجاعل فله إمضاء الجعل ورده، فإن لم يعلم ذلك حتى جاء بالآبق فله الأقل من قيمة عنائه لذلك الموضع أو المسمى، هذا معنى قوله: لا أنه يكون له قيمة عنائه لذلك الموضع أو المسمى.

هذا معنى قوله: لا أنه يكون له قيمة عنائه إلى ذلك الموضع كان أقل من المسمى أو أكثر إذ ليس بجعل فاسد يرد فيه لأجر مثله أو جعل مثله ما بلغ إنما هو جعل عين المجعول له الجاعل بما كتمه من علمه بمحل العبد، ولو كان الجاعل هو الكاتم موضع العبد أو الضالة كان له الأكثر من قيمة عنائه أو المسمى.

قُلتُ: ظاهر كلام اللخمي الجعل على الآبق جائز علم المجعول له موضعه أو جهله خلاف نقل ابن رُشْد إلا أن يحمل على الموضع الشخصي كتونس، ويحمل الموضع في قول اللخمي على الكلي كأحواز تونس، وظاهر كلام اللخمي جوازه فيما علماه معًا، وظاهر كلام ابن رُشْد في غير موضع إن علما موضعه معًا لم يجز فيه مجاعلة إنما تجوز فيه الإجارة، وأظن أني وقفت عليه رواية، وقولا لبعض الرواة.

وظاهر قول ابن الحاجب جواز الجعل فيه.

وفيها مع غيرها: الجعل لا يكون مؤجلا؛ لأنه إن مضى الأجل، ولم يتم عمله ذهب عناؤه باطلًا، وإن عمله في نصفه أخذ الجعل كاملًا، وسقط عنه بقية عمل الأجل فهذا خطر إلا أن يكون إن شاء أن يرده رده، وتقدم الكلام فيها في الإجارة على بيع نصف الثوب، وفي منعه فيما كثر نقلا القاضي مع غيره.

وقول ابن رُشْد عن المذهب قائلا: قول القاضي مع غيره غير صحيح وبين فيما يتوهم منه صحة نقل القاضي أن المنع فيه؛ لأنه فيما ينتفع فيه الجاعل إن لم يتم العمل.

اللخمي: اختلف فيه فيما كثر أجاز مالك إعطاء الأرض لمن يغرسها مغارسة، وهو أمد يطول، وأجاز الجعل على الآبق، وهو مما يطول ويلزم من قصره على ما قل منع المغارسة والجعل على الآبق.

وقال محمد: لا بأس عند مالك وأصحابه بالشراء على الجعل حاضرًا أو على السفر قل أو كثر، وليس كالبيع.

ابن حبيب: من قال لخارج لبلد في تجر خذ هذه المائة إن ابتعت لي فيها ثيابًا وصفها فلك عشرة دنانير، وإلا فلا شيء لك، فإن لم يخرج بسبب هذه المائة جاز، وإلا فلا خير فيه، وهذا أحسن.

زاد عنه الصقلي: ولو قال له: خذ ثوبي فسر به إن بعته بكذا فلك كذا، ولا شيء لك إن لم تبعه لم يجز، وإن لم يخرج لذلك، ولما ذكر قوله في المائة قال: ونحوه لابن ميسر، وهو خلاف نقل محمد عن مالك وأصحابه جواز الجعل على الشراء فيما كثر في حضر أو سفر.

وفيها: لا يجوز الجعل على بيع كثير السلع والدواب والرقيق كالعشرة ونحوها، ولا على ما فيه مشقة سفر من قليلها، ويجوز في قليلها بالبلد، وإن لم يسم لها ثمنا كالدابة والعبد أو الثوبين إذ لا يقطعه لذلك عن شغله.

الصقلي عن بعض القرويين: معنى قوله في الجعل على بيع كثير السلع أنه لا يأخذ شيئًا إلا ببيع جميعها، وهو عرفهم، ولو كان على أن ما باع به فله قدره من الجعل، وعلى أنه إن شاء ترك؛ يريد: ولم يتسلم الثياب جاز، وقوله في الجعل على شراء كثير السلع أنه يجوز؛ يريد: لأنه كلما اشترى أخذ بحسابه، وهو عرفهم، ولو كان لا يأخذ شيئًا إلا بشراء الجميع لم يجز فلا فرق بينهما.

الصقلي: ونحوه في الموازيَّة.

قُلتُ: والروايات ناصة بأن شرط الجعل على البيع تسمية الثمن أو تفويضه للمجعول له، وهو نقل ابن رُشْد والصقلي عن المذهب؛ فيجب تقييد قولها: يجوز الجعل في بيع قليل السلع بالسلعة سموا لها ثمنا أم بالتفويض أو فيه.

وفيها: كل ما جاز فيه الجعل جازت فيه الإجارة، وليس كل ما جازت فيه الإجارة جاز فيه الجعل.

قُلتُ: صدق هذه الكلية على ظاهر قول ابن الحاجب وابن رُشْد والتلقين القائلين بصحة الجعل في العمل المجهول لا يصح، وعلى منعه فيه صدقها واضح ويلزم منه منع الجعل على حفر الأرض لاستخراج ماء ونحوه مع جهل حال الأرض لتقدم نصها بمنع الإجارة على حفرها لذلك مع جهل حالها، فلو جاز الجعل فيه مع الجهل كذبت الكلية لصدق نقيضها أو منافيها، وهو قولنا: بعض ما يجوز فيه الجعل ليس بجائز فيه الإجارة أو غير جائز فيه الإجارة الأول سلب، والثاني عدول وذلك البعض هو الأرض المجهول حالها لهما، ولما شاع زمن قراءتنا صحة قول ابن التلمساني في شرح المعالم الفقهية مهما صدقت القضية صدق عكسها إن كان لها عكس، وعكس نقيضها كان يمشي لنا قراءة، وإقراء اعتبار ذلك في كليات الكتاب فعكس القضية هذه بالمستوى واضح صدقه، وهو قولنا: بعض ما تجوز فيه الإجارة يجوز فيه الجعل،

وعكس نقيضها بالمستوى، وهو قولنا: كل ما لا تجوز فيه الإجارة لا يجوز فيه الجعل وبالمخالف، وهو قولنا: لا شيء مما تجوز فيه الإجارة بغير جائز فيه الجعل صادق أيضًا في جوازه على الخصومة في شفعة أو غيرها على إدراك حق الجاعل قولا مالك فيها.

ابن رُشْد: وهما قولا ابن القاسم في سماعه يحيى في البضائع والوكالات، وفي الجعل والإجارة مع الهبات، والأظهر جوازه.

وفي لزوم عقده طريقان.

ابن رُشْد: لا يلزم المجعول له بحال، وفي لزومه الجاعل بعقده أو بالشروع في العمل أحد قولي ابن حبيب مع ظاهر سماع عيسى ابن القاسم، ورواية علي مع رواية أشهب وقول سَحنون.

اللخمي: ثالثها: يلزم بالقول كالإجارة والعقد فيه منحلا كالخيار، ولازما كالإجارة.

ابن الحاجب: ويسقط بالترك إلا أن يستأجر الجاعل على الإتمام فيكون له ما بقي.

وقيل: ما لم تزد على نسبة عمله.

ابن عبد السلام: قيل: إذا هرب الصانع لم يكن له شيء، والمشهور خلافه ففي الجعل أحرى أن لا يكون له شيء.

قُلتُ: تقدم لابن رُشْد الاتفاق في الأجير أن له بقدر ما عمل.

وفي طرر ابن عات: إن خرج الأجير قبل تمام معاملته لم يكن له شيء مما عمل؛ لأنه ترك ما كان يجب له بتركه ما عومل عليه، وقاله أبو ميمونة فقيه فاس وغيره والقضاء والاستحسان أن كل من عمل له ما ينتفع به أن يدفع للأجير أجرته، ونحوه من القولين في مؤلفة ابن لبابة، وتقدم حكم إتمام الجعل بعاملين.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: من جوعل على حفر بئر فحفر بعضها، ثم اعتل لا شيء له إلا أن ينتفع بها صاحبها؛ فيعطيه بقدر ما انتفع به، ولو قال: من جاء بخشبة من موضع كذا فله كذا، فحملها رجل إلى نصف الطريق فلا شيء له إلا أن يحملها ربها، فينتفع بها فله أجره على قدر ما حملها من الطريق.

ابن رُشْد: لم يبين وجه العمل فيه، وتفصيله تقدم في سماع عيسى المذكور في سماع عيسى ابن القاسم، وكذا في الخشبة كالبئر.

ابن عبد السلام: إن كان جعل الأول في الخشبة خمسة، وجعل الثاني عشرة فظاهر العتبيَّة أن للأول عشرة؛ لأنه جعل للثاني على نصف الطريق عشرة، وعلم قطعا أن للأول مثلها، وهو مراد المؤلف بقوله له ما بقي؛ أي: على نسبته، ويحتمل أن يريد أن للأول ما بقي من جعله بعد طرح الأجرة الثانية منه إن كانت أقل، وإن كانت مساوية أو أكثر لم يكن للأول شيء والتأويل الأول أولى لمساعدته النقل دون الثاني.

قُلتُ: ما عزاه لظاهر العتبيَّة هو نص فيها حسبما مر في السماع المتقدم، وقوله له ما بقي؛ أي: على نسبة ما بقي، ولو قال على تسمية ما بقي لكان أبين في تفسير قول ابن الحاجب بما في سماع ابن القاسم، وفسر قول ابن الحاجب، وقيل: ما لم يزد على نسبة عمله بقوله أنه لا يكون للأول ما بقي على الوجه الذي قدمناه إلا بشرط أن لا يزيد على نسبة عمله يعني فلا يكون له على المثال المتقدم إلا درهمان ونصف.

قُلتُ: حاصل القول الثاني على تفسيره أنه لا يكون للأول على حساب تسمية الجعل الثاني ما لم يزد على تسمية جعله، وهذا لا ينتج أن يكون له في المثال المفروض درهمان ونصف بل الجاري عليه أن يكون له خمسة، وهي جعله، وتسقط الزيادة عليه من جعل الثاني؛ لأن الغرض أن البناء فيها يأخذه على نسبة ما بقي لا على نسبة ما تقدم، وهذا القول لا أعرفه.

وقال الصقلي: إثر ما في العتبيَّة: انظر الأول قد رضي بجعله عن كل العمل، فيجب أن يعطى نصفه بعمله نصف العمل، وهو حمله الخشبة لنصف الطريق ولأن المغابنة جائزة في الجعل وغيره، وقد تغلو الإجارة يوم عقد الثاني فكيف يعطى الأول على حساب عمل الثاني.

قُلتُ: ومقتضى هذا البحث أن يكون للأول من جعله بقدر عمله من جملة العمل، فيكون له في المثال المفروض درهمان ونصف على هذا الأصل الذي أشار إليه.

الصقلي: لا على الأصل الذي ذكره الشَّيخ فتأمله.

قُلتُ: تمام عمل مجاعل بفعل من جاعله كبيعه ثوبه بعد نداء مجاعل على بيعه، وبلوغه ثمنا لم يرض ربه به، ثم باعه في استحقاقه الجعل وسقوطه، ثالثها: إن باعه بقرب نداء الأول لابن حارث عن قولي أصحاب لقمان بن يوسف، وعنه مع المعاصي له هي الرواية ابن حارث: وإنما هذا الخلاف إن باعه بمثل ما بلغ أو قريب منه أو كان البائع جاهلًا بقيمتها، فإن كان جاهلًا فقد انتفع بما أخرج له من ثمنها، ولو كان عالمًا أو باع بأزيد بكثير فلا شيء للمنادي إلا أن يبيع ممن دله المنادي عليها، فذلك يوجب حق الدلال، وتقدم قول ابن رُشْد آنفا أن القياس أن للدلال بحساب ما عمل من جعله، وأما تمام عمل مجاعل بمجاعل ثان ففي رجوع الأول عليه في جعله بقدر نفعه بمتقدم عمله فيما يرى بالاجتهاد أو على الجاعل بقدر انتفاعه به، ثالثها: عليه بقيمة عمله يومه، ورابعها: بقيمة اليوم لسماع عيسى ابن القاسم في انفلات الآبق، وسماعه في حفر البئر، ومتقدم قوله في هذا السماع ولابن كنانة، وخامسها: للخمي: إن جاعل الثاني محتسبًا بعمل الأول فالثاني، وإلا فالأول، وسادسها: الثاني ما لم يزد على الجعل الأول، وسابعها: له من جعله بقدر عمله من العمل لتفسير ابن عبد السلام ثاني نقلي ابن الحاجب.

ومقتضى بحث الصقلي: ولو مات المجعول له على اقتضاء دين قبل اقتضائه ففي كون وارثه مقامه إن كان أمينا وأتي بأمين مطلقًا أو إن شرع الميت في عمله تخريج ابن رُشْد على لزوم الجعل الجاعل بالعقد، وسماع أَصْبَغ ابن القاسم، وفيه موت المدين المجعول على اقتضاء دينه كحياته، ولو مات الجاعل لم يكن للعامل إتمام ما بقي إنما يلزم الجاعل الجعل ما دام حيًّا.

أَصْبَغ: هذا استحسان، وفيه مغمز.

ابن رُشْد: لأن الجعل لزم الجاعل باقتضاء البعض، ولو مات قبله، وبعد شخوصه فيه ثبت حقه خوف ذهاب عنائه باطلًا، ولوارثه اقتضاء ما أشرف على اقتضائه، وكذا في طلب الآبق، وحفر البئر له، ولوارثه إتمامه في موت الجاعل لا في حصاد زرع، ولقط زيتون اتفاقًا في الجميع.

قُلتُ: فيلزم عدم لزوم الجعل الجاعل بالشروع، وفي لقط الزيتون ونحوه، وفوت المجعول عليه بفعل الجاعل بعد لزوم عقده يوجب عليه جعله.

سمع القرينان: من جاعل على اقتضاء دين له بثلث ما يقتضيه عم آخر مدينه بعد اقتضاء ثلثي دينه بباقيه للعامل تمام جعله.

ابن رُشْد: قول بعضهم: ويتقاضى الثلث الباقي عاجلًا؛ لأن تأخيره يضر به غير صحيح؛ لأن التأخير لزم رب الدين، فيقتضي العامل ثلث الباقي، ويسقط تقاضي باقيه.

قُلتُ:يتخرجان على قوليهما في عتق سيد الجاني، الجاني والراهن، وموت الآبق قبل إيصاله يسقط جعله لعدم تمام عمله.

ابن عبد السلام: لو فرضنا أن العقد عليه كان إجارة استأجره على طلبه شهرًا فمات العبد في نصف الشهر انفسخت الإجارة هذا الجاري على المذهب لتعذر الخلف غالبًا، ويلحق هذا الفرع بالمسائل التي استثنوها.

قُلتُ: ظاهر قوله فرضنا الى آخره يقتضي أن ما وقع عليه عقد الجعل وقع عليه عقد الإجارة، ولا يصح ذلك؛ لأن العمل في الجعل لا يشترط العلم بقدره، ولا بصفته، وفي الإجارة لا بد منه فلا يصح فرض الإجارة إلا مع العلم بجملة الطلب وصفته، وقوله: انفسخت الإجارة إلى آخره خلاف المنصوص.

سمع عيسى: ابن القاسم: من علم محل آبقه فاستأجر رجلًا بكراء معلوم في طلبه، وقال له: إن جئتني به أو غيره فلك الأجرة؛ فبلغ الأجير قبل بلوغه بعد خروجه إن العبد خالفه، ورجع لربه فرجع الأجير أن للأجير الكراء بتمامه، ويرسله إن شاء في مثل ما قصر من الطريق، قد قيل: ليس له أن يرسله فيما قصر فيه من الطريق إلا برضاه، وقيل: لا يجوز وإن رضي؛ لأنه فسخ دين في دين إنما له أن يبعثه في بقية الطريق بعينها أو يعطيه أجره كاملًا، فعلى القول بمنع بعثه في مثل الطريق أو على القول بجوازه برضاه فلم يرض يكون له من الأجر بقدر ما سار من الطريق إلى المحل الذي رجع منه؛ لأنه فات برجوعه سيره ما بقي له من الطريق بعينه، ولو عثر على ذلك قبل رجوعه لم يكن

للمستأجر على هذين القولين إلا سيره بقية الطريق بعينها أو دفع كل أجرته.

قُلتُ: فنص السماع وما ذكره ابن رُشْد من الأقوال خلاف قوله: انفسخت الإجارة، ولا فرق بين موت العبد، وإتيانه.

ولابن رُشْد: في سماع أَصْبَغ: لو استأجر رجلًا على تبليغ عبد موضع كذا فمات في بعض الطريق أو أبق، ففي لزوم الإجارة، ويستعمله في مثل ما بقي، وانفساخها، وله من الأجر بقدر ما بلغ، ثالثها: الفرق بين الموت والإباق، ورابعها: تنفسخ في الإباق، ولا يكون له بقدر ما مضى، ولا تنفسخ في الموت لابن القاسم، وابن وَهْب مع سماع أَصْبَغ ابن القاسم، ولمالك، وللتخريج على قول مالك في تلف المستأجر على حمله من قبل ما عليه ابن الحاجب إن تنازعا في قدر الجعل تحالفا، ووجب جعل المثل.

قُلتُ: تبع فيه ابن شاس قال: إن أنكر المالك سعي العامل في الرد؛ فالقول قول المالك، وإن تنازعا في قدر الجعل تحالفا، ورجعا لجعل المثل.

ابن هارون: القياس قبول قول الجاعل؛ لأنه غارم، ولأنه كمبتاع سلعة قبضها، وفاتت بيده؛ فالقول قوله إن ادعى ما يشبه، وإلا فقول خصمه إن ادعى ما يشبه، وإلا تحالفا، ورد الجعل المثل.

ابن عبد السلام: إنما يصح ما قاله إن أتيا بما لا يشبه، وإلا فإن كان العبد باقيا بيد المجعول له، وأتى بما يشبه؛ فالقول قوله، فإن ادعى ما لا يشبه، وإلا فإن كان العبد باقيا بيد المجعول له، وأتى بما يشبه فالقول قوله، فإن ادعى ما لا يشبه، وادعى الجاعل ما يشبه قبل قوله، فإن ادعى ما لا يشبه حكم بما قاله المؤلف هذا الجاري على حكم الإجارة.

قُلتُ: هذا أصوب من قول ابن هارون، والأظهر تخريج المسألة على قولها في القراض: القول قول العامل إن أتى بما يشبه، وفي رد فاسده لحكم نفسه؛ فيجب جعل مثله إن تم عمله، وإلا فلا شيء له أو للإجارة، فيجب أجر مثله فيما عمل، ثالثها: للأول في بعض المسائل، وللثاني في بعض لابن رُشْد في المقدمات قائلا: كالثلاثة في القراض.

قال: وتأتي في فاسد الجعل أقوال خارجة عما أصلناه، وهذا هو الصحيح فيها، وتقدم نقل قوله في البيان.

ابن شاس: مشارطة الطبيب على البرء، والمعلم على تعليم القرآن، والحافر على استخراج الماء في أرض معلومة الشدة، واللين وقرب مائها، وبعدها والمغارسة في أرض الجاعل وكراء السفن مختلف في كون جميعها جعلا أو إجارة.

الباجي: في مجاعلة الطبيب على البرء روايتان لها ولسَحنون.

المتيطي: إنما المجاعلة على أنه إن برأ فله كذا، وإن لم يبرأ فلا شيء له، وللعبيدي عن القابسي أن الدواء يكون من عند العليل، ولو كان من عند الطبيب كان غررا، ولا يصلح في حفر بئر أو عين إلا في عين ملك الجاعل، وقاله الجم الغفير.

قال بعض الموثقين: وهو أحسن، وأجاز مالك الجعل في الغرس في ملك الجاعل، وعقد ابن العطار وثيقة جعل في حفر بئر وطيها بالصخر في ملك الجاعل، واشترط الصخر على المجعول له.

قُلتُ: فيدخله أمران الجعل في أرض الجاعل، واجتماع الجعل والبيع.

ابن عات: الجعل على الحفر في أرض يملكها الجاعل خطأ، وما عقده ابن العطار جوزه مالك في المغارسة، وهي في أرض الجاعل.

قُلتُ: إنما جوزها مالك في ملك الجاعل؛ لأن عدم تمام العمل فيها لا يبقي نفعا للجاعل في أرضه بخلاف الحفر فيها، فتأمله فاعتراضهم بها لغو.

[كتاب إحياء الموات]

إحياء الموات: لقب لتعمير أثر الأرض بما يقتضي عدم انصراف المعمر عن انتفاعه بها(1).

---

(1) قال الرَّصاع: (فإن قلت): جرت عادة الشَّيخ في مثل هذه الحقيقة المضافة أن يحدها مضافة ويحدها لقبا كما تقدم في بيوع الآجال، وهذا رسمها لقبا فقط.

(قُلتُ): لما كانت الحقائق لها مدلول لقبي شرعي ومدلول إضافي شرعي فناسب أن حدها باعتبار المدلولين، وهنا المعنى الإضافي ليس له معنى إلا لغة؛ لأن الإحياء المراد منه خدمة الأرض وبناؤها وأطلق عليها الإحياء مجازًا والموات هي الأرض التي لا ملك عليها أو لا نبات بها وهذا المعنى لم يجر إطلاقه في كلام الفقهاء على معنى يخصه شرعا كبيع الأجل في المعنى الإضافي، وإنما غلب هذا التركيب في المعنى الذي وقع التعريف به فهذا سر الإتيان باللفظ اللقبي للرسم، والاقتصار عليه.

قوله: (تعمير) مصدر مناسب لمعنى المحدود.

قوله: (دامر الأرض) أخرج به الأرض غير الدامرة وتعمير غير الأرض.

قوله: (بما يقتضي عدم انصراف المعمر... إلخ) أشار بذلك إلى إخراج أمور لا تعد إحياء عرفا كرعي ما بحول الأرض فلا يعد إحياء يختص به، ولا بد أن يكون قد شق عيونا من الأرض وحفر بئرًا لغير الماشية وغرس شجرًا وبنى بناء.

(فإن قلت): كأن الشَّيخ عرف الإحياء بغير معلوم للسامع بل فيه إحالة على ما يذكره بعد من الأشياء التي يقع الإحياء بها.

وفيها: ما هو إحياء باتفاق مثل البناء والغرس وحفر البئر لغير الماشية.

وفيها: ما ليس بإحياء باتفاق.

وفيها: ما هو مختلف فيه كحفر بئر الماشية، وأنت ترى ما فيه من الإجمال.

(قُلتُ): أحال ذلك على نظر الفقيه في هذا الباب، والفاهم لمثل هذا، ولا يخاطب إلا من مارس المسائل الفقهية، وختم الكتب أولها وآخرها، ولازم المطالعة مع خيار الطلبة فيها، ولعمري قل من يعتني، ويسأل عن كثير من مسائل العلم المحتاج إليه فضلا عمن يلازمها.

(فإن قلت): دامر الأرض لم يبينه أيضًا مع أن دامر الأرض قد يكون فيه ملك.

(قُلتُ): دامر الأرض لقب على ما لا ملك عليه، ولذا قال، بعد بقريب ومعروض الإحياء ما لم يتعلق به حق لذي حق.

قال: ويمتنع فيما تعلق به ملك لغير إحياء، وقال، ما لم يتعلق به حق لذي حق، ولم يقل ملك ليخرج

[باب موات الأرض]

وموات الأرض: قال ابن رُشْد: في رسم الدور من سماع يحيى ابن القاسم من كتاب السداد والأنهار: روى ابن غانم: موات الأرض هي التي لا نبات بها، لقوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ أَنزَلَ مِنَ ٱلسَّمَآءِ مَآءً فَأَحْيَا بِهِ ٱلْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَآ﴾ [النحل: 65] فلا يصح الإحياء إلا في البور.

البخاري عن عائشة عن النبي ﷺ قال: «**من أعمر أرضًا ليست لأحد فهو أحق**» قال عروة: قضى به عمر في خلافته[1].

النسائي عنها عن رسول الله ﷺ: «**من أحيا أرضًا ميتة ليست لأحد فهو أحق بها**»[2]، وفي رواية: «**وليس لعرق ظالم حق**»[3]، وخرجه أبو داود، وصححه عبد الحق بقبوله إياه، ولم يتعقبه ابن القطان.

ابن الحاجب: الموات الأرض المنفكة عن الاختصاص، فتبع ابن شاس الغزالي، وتركا رواية ابن غانم، وهي أجلى لعدم توقف تصور مدلولها على الاختصاص وموجبه[4].

بذلك ما قرب من العمران، فإنه لا يصح إحياؤه إلا بإذن من الإمام، والله الموفق وهو الرب العليم العلام.

(1) أخرجه البخاري: رقم (2210) كتاب المزارعة باب من أحيا أرضا مواتا.

(2) أخرجه النسائي في الكبرى: رقم (5759) كتاب إحياء الموات باب من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد.

(3) أخرجه الترمذي: رقم (1378) و(1379) في الأحكام، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات، وأبو داود: رقم (3073) في الخراج، باب إحياء الموات.

(4) قال الرَّصاع: نقل غيره عن الجوهري: أن الموات الأرض التي لا ملك عليها من الآدميين، وهذا مغاير للرواية المذكورة قريب مما ذكر ابن الحاجب، فقول الشَّيخ، إن رواية ابن غانم أجلى لم يظهر معناه، وقد تقدم لنا مرارًا الترديد في فهمه، وفيه بحث لا يخفى، والله سبحانه الموفق للصواب.

[باب في معروض الإحياء]

ومعروض الإحياء ما لم يتعلق به حق ذي حق[1]، ويمتنع فيما يتعلق به ملك بغير إحياء، ولا يصح بتبوره بالترك.

الباجي: من اشترى أرضًا لم يرتفع ملكه لها باندراسها اتفاقًا.

ابن رُشْد: فيها: ما استحق أصله بخطة أو شراء لم يزل ملكه عنه بتركه حتى عاد لحالته الأولى، ولا أعلم فيه نص خلاف، ويدخله بالمعنى من الصيد يند من يديه فيتوحش ويصيده غيره.

قال محمد: هو للثاني، ولم يفرق بين ملك الأول إياه بصيد أو ابتياع فيلزم مثله في موات الأرض، ففي كون الأول أحق به أو الثاني، ثالثها: إن كان الأول اختطه أو اشتراه.

ومحمد بن عبد الحَكم: يرى الأول أحق به في الصيد على كل حال، ففي الصيد، ثالثها الفرق بين كون الأول ابتاعه أو صاده، وقد يفرق على قول ابن عبد الحَكم بأن الصيد غلب ربه على بقائه بيده والموات ربه تركه فيتحصل فيهما الثلاثة، ورابعها: الفرق بين الصيد والموات، الثاني أحق بالصيد والأول أحق بالموات، وهو الآتي على حكاية ابن عبدوس حيث قال عن سَحنون: من أحيا مواتًا لم يخرج عن ملكه بتعطيله

(1) قال الرَّصاع: هذا التفسير لمعروض الإحياء يصح التفسير به للموات، وهو أقوى مما نقل عن الجوهري، وربما يقال إن كلام الجوهري أخص لأجل قوله: ملك والحق أعم من الملك، وقد يقال المراد بالملك الحوز، وإذا صح ذلك كان هو المراد بالحق المذكور فيتقارب المعنى فيهما.

(فإن قلت): وقع للباجي هنا لما تكلم على معروض الإحياء قال: من اشترى أرضا لم يرتفع ملكه عنها باندراسها اتفاقًا، وكذلك وقع في المدَوَّنة في إحياء الموات، وذلك يدل على أن الشراء يدل على الملك، وهو خلاف المعلوم من المذهب أنه إنما يفيد الحيازة، وقد قال سَحنون: من اشترى سلعة فلا يدل ذلك على ملكه.

(قُلتُ): يحمل هذا على أنه اشترى من الإمام أرضا، ولذا قال في المدَوَّنة: بخطه أو شراء، وذلك يدل على الملك، والله سبحانه الموفق.

ولو عمره غيره.

ابن عبدوس: قلت له: أولًا يشبه الصيد إن ند من يد صاحبه؟

قال: لا، وخامسها: الثاني أحق بالموات، والأول أحق بالصيد، وإنما يكون الثاني أحق بالموات، والأول أحق بالصيد،وإنما يكون الثاني أحق بالموات عند قائله إن طالت مدة عوده لحالته الأولى، ولو أحياه الثاني بحدثان عوده لحالته الأولى، فإن كان عن جهل منه بالأول فله قيمة عمارته قائمًا؛ لأن له شبهة، وإن كان عن علم منه بذلك فقيمته منقوضًا بعد حلف الأول ما تركه إسلامًا منه لحقه فيه، وأنه كان على إعادة عمارته، ولا يصدق إن طالت المدة في ذلك.

قُلتُ: لما ذكر الصقلي قولها: إنها لمحييها ثانيًا بعد عودها لحالتها الأولى.

وقول سَحنون: إنها للأول قال:و قال الأخوان: إن كان إحياء الثاني بحدثان ترك الأول فهي له، وللثاني قيمة عمارته قائمًا إن كان جاهلًا ومنقوضًا إن كان عالمًا، وإن عمر بعد طول من ترك الأول، وكان تركه كالإسلام لها فهي للآخر.

قُلتُ: فظاهره أنه قول ثالث، وذكر ابن زرقون قولي ابن القاسم وسَحنون، وقال: وحكى ابن رُشْد قولًا ثالثًا الفرق بين القريب والبعيد.

قال ابن عبدوس: قلت لسَحنون: أولًا يشبه الصيد إن ند من ربه؟

قال: لا.

قُلتُ: ونقل هذا الثالث على نحو ما ذكره ابن زرقون بكلام ابن عبدوس.

ابن عبد السلام عن ابن رُشْد: لا بواسطة.

ابن زرقون: ولم أجد لابن رُشْد ما ذكراه عنه؛ بل قال: إثر سماع يحيى ابن القاسم: من استحق مواتًا بعمله فتركه حتى صار خرابًا ليس يكون لمن أحب أن يعمره.

قال: يلي ما نصه هذا مثل ما في المدَوَّنة، وقال سَحنون: معناه فيما بعد من العمران، وما قرب لا يبطل استحقاقه له بتركه حتى عاد لحاله الأولى، وقوله صحيح على معنى ما في المدَوَّنة فيما قرب من العمران ليس لأحد أن يحييه إلا بقطيعة من

الإمام؛ لأن الإمام إذا أقطعه إياه صار بمنزلة ما اختط أو اشترى، ونص في المدَوَّنة على أن ما استحق أصله بخطط أو اشتراه لا يزول ملكه بتركه حتى يعود لحالته الأولى، ولو أحيا القريب من العمران بغير إذن الإمام على قول من يرى له ذلك لبطل حقه فيه بتركه إياه، ولا فرق بين القريب والبعيد على قول من لا يرى استئذان الإمام، وأحيا فيما قرب، انتهى.

قُلتُ: فهذا نص في عدم التفرقة بين القريب والبعيد، ويمتنع في حريم المعمور.

قال ابن رُشْد: في ثاني مسألة من سماع يحيى: قال ابن حبيب: الشعراء المجاورة للقرى أو المتوسطة بينها لا يقطع الإمام منها شيئًا؛ لأنها ليست كالعفا من الأرض الذي هو لعامة المسلمين إنما هي حق من حقوقهم كالساحة للدور إنما العفا ما بعد.

وتعقب الفضل قوله: ليس للإمام أن يقطع شيئًا من الشعر فقال: وأين يقطع الإمام إلا فيما قرب من العمران، وهذا لا يلزم؛ لأنه إنما أراد الشعر القريبة جدًّا؛ لأن إقطاعها ضرر في قطع مرافقهم التي يختصون بها لقربهم على ما نذكره في أول مسألة من رسم الدور.

قُلتُ: قال فيه: القريب من العمران قسمان، فذكر في الثاني ما نصه: القريب الذي في إحيائه ضرر كالأفنية التي أخذ شيء منها ضرر بالطريق وشبهه لا يجوز إحياؤه بحال ولا يبيحه الإمام، ونحوه نقل الباجي عن ابن القاسم: ينظر فيما قرب، فإن كان فيه على أهل القرى ضرر في مسرح أو محتطب منع.

وقال ابن الحاجب في وجوه الاختصاص المانعة من الإحياء الثاني حريم عمارة، وحريم البلد ما يرتفق به لرعي مواشيهم ومحتطبهم مما تلحقه غدوًّا ورواحًا، ومثله لابن شاس.

قال ابن عبد السلام عن سَحنون: ما كان من العمارة على يوم، ولا تدركه الماشية في غدوها ورواحها فهو بعيد، وما تدركه فيهما وأبعد من ذلك قليلا مما فيه المرفق لأهل العمارة فهو قريب، ونحوه لابن القاسم.

وقال أبو يوسف: الحد في ذلك أن يصيح الصائح من طرف العمران فلا يسمع

من بالموضع الآخر صوته.

قُلتُ: هذا الذي نقله من كلام سَحنون إلى آخره، إنما هو في القسم الأول من مسمى القريب حيث قسمه ابن رُشْد في أول مسألة من رسم الدور، وهو خلاف في صحة الإحياء بإذن الإمام، واختلف فيه دونه، وفيه ساقه الصقلي.

وكذا ابن رُشْد حيث جعله مقابل البعيد فقال: حد البعيد من العمران ما لم ينته إليه سرح ماشية العمران، واحتطاب المحتطبين إذا رجعوا لمبيتهم من العمران.

وقال أبو حنيفة: هو أن يصيح صائح إلى آخر ما تقدم عن أبي يوسف ونحوه للباجي قال: من أحيا أرضا في الفيافي فليس لغيره أن يحيي بقربه إلا بإذن الإمام قاله سَحنون في المجموعة، وله في كتاب ابنه ما رأيت من وقت حد القرب والبعد من أصحابنا، وما كان من العمارة عن يوم، وما لا تدركه الماشية في غدوها ورواحها فهو بعيد وما تدركه فيها، وأبعد من ذلك قليلًا مما فيه مرفق أهل العمارة فهو القريب ونحوه لابن القاسم، وقال أبو يوسف فذكر ما تقدم والإنصاف أن في كلام الباجي إجمالًا فيه ما يجب حمله على القريب المتوسط، وما يجب حمله على القريب الأقرب والأصوب تقسيم ابن رُشْد القريب إليهما، وبه يفهم كلام ابن الحاجب هذا مع ذكره بعد هذا جواز الإحياء في القريب بعض شُيُوخنا المفتيين يقول: لا يستحق الضرر بالعشرين إلا بما زاد، وذكر ابن سهل الفتوى بالثاني لعبيد الله بن يحيى، وابن لبابة، وأيوب بن سليمان، وابن الوليد قال: والقول الآخر ل أَصْبَغ في آخر كتاب الاستحقاق فيمن أحدث كوةً أو بابًا على دار غيره أو أندرًا على جنانه أو ميازيب على حائطه، وهو ينظر ولا ينكر لا يستحق هذا بعشرين سنة بعد أن يحلف أنه ما كان عن رضى، ولا تسليم إلا أن يطول بالدهور الكثيرة جدًّا فيستحقه.

قُلتُ: والأظهر عده تاسعًا.

المتيطي: من كانت له كوة قديمة يشرف منها على جاره فلا قيام له عليه فيها، ولا له على جاره إن بنى داره وعلاها مقابل تلك الكوة حتى ينقطع دخول الضوء عليه قيام، ونحوه لمالك في العتبيَّة.

وقال أبو عمر في كافيه: إلا أن تكون الكوة للضوء، وهو يحتاج إليها فيمنع جاره من إلصاق بنائه إليها، فإن عمل في جداره كوة في قدرها، وإزائه يتأدى إليه ما كان ينال من الكوة من الضوء، وغيره فله ذلك.

قُلتُ: قوله: ونحوه لمالك في العتبيَّة هو سماع يحيى رواية ابن القاسم في كتاب السلطان: من فتح في جداره كوة إلى الدار أو الزقاق للضوء والشمس لم يمنع غيره من بناء جدار له يظلم به تلك الكوة.

ابن رُشْد: هذا صحيح على معنى ما في المدَوَّنة، وفيه اختلاف تحصيله في رسم المكاتب من سماع يحيى من كتاب الأقضية، وفي ضرر صوت الحركات طرق.

الباجي: روى ابن القاسم في المجموعة: من أحدث رحى تضر بجاره منع.

الباجي: إن أضرت بالجدار منع، وأما صوتها؛ فلا.

ابن حبيب عن الأخوين في الغسال: والضراب يؤذي جاره رفع صوتهما لا يمنعان، وتحتمل رواية ابن القاسم الخلاف؛ لأنه لم يبين وجه الضرر الذي يمنع منه، ووجه الأول أن ذلك في الصوت الضعيف ليس له كبير مضرة، أو ما لا يستدام، وما كان صوتًا شديدًا مستدامًا، كالكمادين والصفارين والرحى ذات الصوت الشديد، فهو ضر يمنع كالرائحة، ولم يحك الصقلي غير نقل ابن حبيب عن الأخوين، ولم يقيده بشيء.

ابن رُشْد: في سماع يحيى من كتاب الأقضية: ضرر الأصوات كالحداد والكماد والنداف.

حكى ابن حبيب: أنه لا يمنع، ورواه مُطَرِّف، وذهب بعض الفقهاء المتأخرين إلى منع ضرر الصوت، واحتج بقول سعيد بن المسيب لبرد: اطرد هذا القارئ عني فقد آذاني.

قُلتُ: سمع أشهب في كتاب الصلاة: كان عمر بن عبد العزيز يخرج في الليل في آخره، وكان حسن الصوت يصلي جهرًا، فقال سعيد بن المسيب لبرد: اطرد هذا القارئ عني فقد آذاني فسكت برد، فقال: ويحك يا برد اطرد هذا القارئ عني فقد

آذاني، فقال له برد: إن المسجد ليس لنا إنما هو للناس، فسمع ذلك عمر فأخذ نعليه وتنحى.

ابن رُشْد: أمر سعيد بطرد القارئ عنه؛ يريد: من جواره لا من المسجد جملة، ولم يتنبه لمكانه من الخلافة لجزالته وقوته في الحق، وقلة مبالاته بالأئمة، ولا أنف عمر بن عبد العزيز من قوله وفضله وانقياده للحق.

قُلتُ: انظر هذا مع قول مالك: كان الناس في الزمن الأول يتواعدون لقيامهم لأسفارهم بقيام القراء بالمسجد بالأسحار تسمع أصواتهم من كل منزل استدل به ابن عتاب على رفع الصوت بالذكر في المساجد، وقاله ابن رُشْد.

واستدل بعض الشُيُوخ بهذه الحكاية على أن الأصوات من الضرر الذي يجب الحكم على الجار بقطعه عن جاره كالحدادين والكمادين والندافين وشبه ذلك، وليس بدليل بين؛ لأن ما يفعله الرجل في داره مما يتأذى به جاره بخلاف ما يفعله في المسجد من رفع صوته لتساوي الناس في المسجد، ولو رفع رجل في داره صوته بالقراءة لما وجب لجاره منعه، والرواية منصوصة في أنه ليس للرجل منع جاره الحداد من ضرب الحديد في داره، وإن أضر به.

قُلتُ: وما في رسم المكاتب من سماع عيسى من الأقضية: رأيت لابن دحون قال: لم يختلف في الكماد والطحان أنهما لا يمنعان، وإن كان محدثًا يضر بأسماع الجيران، فإن أضر بالبناء منع.

المتيطي في ثمانية: أبي زيد عن مُطَرِّف: سألت مالكًا عن الحداد جار الرجل فيعمل في بيته، وليس بينهما إلا حائط يضرب الحديد الليل والنهار فيؤذي جاره فيقول: لا أقدر أن أنام فهل يمنع من ذلك؟

قال: لا، هذا رجل يعمل لمعاشه لا يريد بذلك الضرر لا يمنع.

وقال ابن عتاب: تنازع الشُيُوخ ببلدنا قديمًا وحديثًا فيمن يجعل بداره رحىً، وشبهها مما له دوي أو صوت يضر به جاره كالحداد وشبهه.

فقال بعضهم: يمنع إذا عمل به بالليل والنهار، وقال طائفة: لا يمنع، وقال

أَصْبَغ بن سعيد: اتفق شُيُوخنا على منعه بالليل إن أضر جاره، ولا يمنع بالنهار، وقاله ابن عبد ربه.

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن أحد الفقهاء السبعة: إذا اجتمع ضرران أسقط الأكبر، ومنع الرجل من الانتفاع بماله، وصنعته أكثر ضررًا من التأذي بدوي ما يصنع.

ابن عتاب: الذي أقوله: وأتقلده من مذهب مالك أن جميع الضرر يجب قطعه إلا رفع البناء المانع من الريح وضوء الشمس، وما في معناهما فلا يقطع على مذهب ابن القاسم إلا أن يثبت قصد محدثه ضرر جاره، وكذا كل ضرر يؤول للفساد كالكماد والنداف.

ابن عات في كتاب كراء الدور من المدَوَّنة: للرجل أن يصنع في الدار المكتراة ما شاء من الأمتعة والدواب والحيوان والحدادين والقصارين ما لم يكن ضررًا بالدار فلا.

ابن عبد الغفور: على هذا يكون لرب الدار أن ينصب فيها ما شاء من الصنائع ما لم يضر بحيطان جاره، ولا يمنع من رفع صوت أو دوي رحىً أو كمد لصوته، وكذا ما أشبهه.

قال المشاور: مثله كله.

وفي المجالس: قضى شُيُوخ الفتيا بطليطلة: يمنع الكماد إذا استضرت بهم الجيران والأول أولى.

قُلتُ: ما حكاه من لفظ المدَوَّنة أخذه منه حسن، وترك من لفظها عطفها على القصارين والأرحية، وذكر مثله في مكتري الحانوت.

قُلتُ: ففي لغو إحداث ضرر صوت الحركة، ومنعه مطلقًا، ثالثها: إن عمل ليلًا لا نهارًا، ورابعها: إن حق ولم يكن فيه كبير مضرة للمتيطي مع ابن رُشْد عن رواية مُطَرِّف مع ابن عتاب عن بعض الشُيُوخ، وابن رُشْد عن ابن دحون قائلًا: اتفاقًا، وابن عات عن أخذه ابن عبد الغفور منها كالمشاور، والمتيطي عما تقلده ابن عتاب من مذهب مالك مع ابن عات عن فتوى شُيُوخ طليطلة في الكمادين، والمتيطي عن أَصْبَغ بن سعيد قائلا: اتفق عليه شُيُوخنا، واختيار الباجي: ورفع الصوت بالدعاء والذكر في

المسجد آخر الليل مع حسن النية قربة، وفي جوازه بعسعسة الليل بعد مضي نصفه.

ومنعه نقلا ابن سهل عن ابن عتاب محتجًا بقول مالك بعدم منع صوت ضرب الحداد مع الصقلي وابن دحون مع ابن فرج محتجين بوجوب الاقتصار على فعل السلف الصالح، وفي قسمها: ليس لك في سكة غير نافذة فتح باب يقابل باب جارك أو يقاربه، ولا تحويل بابك هنالك، وذلك في النافذة جائز.

ابن رُشْد: في منع فتح باب في غير النافذة مطلقًا إلا بإذن جميع أهل الزقاق، وجوازه ما لم يقارب باب جاره بحيث يقطع به مرفقا له، ثالثها: له تحويل بابه كذا إن سد الأول لا فتح باب لم يكن لابن زَرْب مستدلًا بقولها في الدارين إحداهما في جوف الأخرى فيقسم الداخلة أهلها؛ فيريد كل منهم أن يفتح لداره بابًا في الدار الخارجة ليس لهم ذلك إنما لهم الممر الذي كانوا يمرون عليه، وبه جرى عمل أهل قرطبة، ولابن القاسم فيها مع سماع عبد الملك ابن وَهْب في كتاب السلطان، وظاهر قول أشهب في هذا السماع.

قُلتُ: لم يحك المتيطي إلا منع إحداثه أو تحويل القديم لقرب باب جاره بحيث يضره ذلك، ثم قال: ولو حوله عن بعد من باب جاره لم يكن عليه قيام؛ لأنه لم يزده شيئًا على ما كان عليه.

قال: وقال أبو عمر في كافيه: ولا يحدث في غير النافذة عسكر، وهو الذي يدعى التابوت والجناح والأسقيفة، فإن أذن بعضهم في ذلك، وأبى البعض، فإن كان الآذنون آخر الزقاق، وممرهم لمنازلهم على الموضع المحدث قبل إذنهم.

ابن رُشْد: وفي فتحه بابًا أو حانوتًا قبالة باب جاره في الزقاق النافد، ومنعه إلا أن ينكب عن ذلك، ثالثها: إن كانت السكة واسعة لابن القاسم فيها مع أشهب في السماع المتقدم، وسَحنون وابن وَهْب في السماع المذكور.

ابن سهل عن يحيى بن إبراهيم: من فتح بابًا في زقاق، ولو كان غير نافد يطل منه على جاره، وجدار داره مضير نحو الحائطين، وهو إن بنى ثالثًا لم يطل عليه جبر جاره على بناء ثالث، ولا يمنع فاتح الباب من فتحه.

وأجاب ابن رُشْد فيمن أحدث بداره بابًا وحانوتين قبالة باب جار له بينهما زقاق نافد، ولا يخرج أحد من دار الجار، ولا يدخلها إلا على نظر الحائطين الحالين بالحانوتين لعمل صنعتهم، وهو ضرر بين برب الدار بأن يؤمر أن ينكب بابه وحانوتيه عن مقابلة باب جاره، فإن لم يقدر على ذلك لم يحكم عليه بغلقها، وترك بينهما زقاق نافد، ولا يخرج أحد من دار الجار.

ابن رُشْد: والسكة الواسعة سبعة أذرع لحديث ابن عباس في مسند ابن أبي شيبة أن رسول الله ﷺ قال: «**الطريق الميتاء سبع أذرع**»[1]، ولما ذكر المتيطي الحديث قال: الميتاء: الواسعة.

قال ابن الهندي: حضرت الفتيا بذلك.

الباجي: للشيخ في نوادره: اختلف في ذلك قيل: الواسعة ثمانية أشبار، وقيل: سبعة أشبار.

قُلتُ: حديث سبع أذرع إنما ذكره عبد الحق عن مصنف عبد الرزاق، وقال في سنده جابر الجعفي، ولم يزد، وقال المزني في كتاب (رجال الكتب الستة): هو أكبر علماء الشيعة، وثقه شعبة وتركه جماعة وروى عنه شعبة والسفيانان، وفي كون إحداث حمام أو فرن قرب دار تجاوره لا يضرها بحال إلا أنه يحط من ثمنها ضررًا يمنع أو لا نقلا المتيطي مع ابن سهل عن أبي المُطَرِّف مع بعض شُيُوخ ابن عتاب، وله مع بعض شُيُوخه.

الباجي: من باع داره، وقد أحدث عليه مطلع أو مجرى ماء أو غيره من الضرر، فقال الأخوان و أَصْبَغ: إن لم يقم حتى باع فلا قيام للمشتري، ولو كان خاصم فيه فلم يتم له الحكم، فباع فللمشتري القيام، ويحل محله.

ابن زرقون في أحكام ابن بطال: معناه: أن الحكم قضي به، وأعذر وبقي التسجيل والإشهاد، ولو بقي شيء من المدافع والحجج لم يجز البيع؛ لأنه بيع ما فيه خصومة،

---

(1) أخرجه أحمد في المسند: 1/ 313 رقم (2867)، والدارقطني في السنن: 4/ 228 رقم: (84).

وهذا أصل فيه تنازع.

فيها: من أقام بينة غير قاطعة في أرض فلمن هي بيده بيعها.

وقال سَحنون: بيعها حينئذ غرر هذا إن كان البائع في المسألة الأولى قام على محدث الضرر، وإن باع قبل أن يعلم ذلك، ففي صحة قيام المبتاع على المحدث، ومنزلته منزلة البائع، ولغو قيامه عليه، ثالثها: إنما له الرد على البائع لحبيب عن سَحنون، ومتقدم قول الأخوين، وقولها في العبد يتزوج بغير إذن سيده، ثم يبيعه قبل أن يعلم أن لمشتريه رده بالعيب، فإن رده فلبائعه القيام به كذا أخذته عمن أرضى من شُيُوخنا أنها ثلاثة أقوال، وتأملت قول الأخوين، وظاهره أن البائع باع بعد علمه بإحداث الضرر، ولم يقم فيه، وهذا لا يختلف في سقوط القيام فيه فتأمله.

ابن سهل: نزل أن رجلًا فتح بابًا في زقاق غير نافد، وسكت عنه أهل دوره نحو ثلاثة أعوام، وباعوا دورهم فأراد مبتاعوها سد الباب المحدث.

فأجاب ابن عتاب: لا كلام فيه للمبتاع إنما الكلام للبائعين، فإن لم يفعلوا حتى باعوا فهو رضىً منهم.

وقال أحمد بن رشيق فقيه المرية مثله.

وقال ابن مالك: روى ابن حبيب عن مُطَرِّف وابن الماجِشُون و أَصْبَغ: لا قيام في ذلك إلا أن يكون البائعون باعوا، وقد خاصموا في ذلك، وعلى أن ليس لهم ذلك يدل ما في النكاح الأول من المدَوَّنة.

ابن سهل: يريد مسألة العبد يتزوج بغير إذن سيده، وفي سماع القرينين من الأقضية ما يدل على خلافه، وكذا في وثائق المعروف بالملون للمبتاع القيام على محدث الضرر كوكيل البائع على ذلك.

قُلتُ: وما أشار إليه من سماع القرينين فيه سكوت ذي أرض على إحداث مرور ماء على أرضه أربعين عامًا، ثم باع أرضه تلك لا يمنع القيام عليه، فقال ابن رُشْد: لم يلزمه ذلك وجعل للمشتري أن يمنع منه، ولم يجعل بيعه الأرض رضى بترك القيام على المار بالماء في أرضه خلاف قول الأخوين و أَصْبَغ في أن من أحدث عليه ضرر فلم

يتكلم فيه حتى باع لزم المشتري، ولم يكن له فيه قيام، ثم ذكر الثلاثة الأقوال لسماع القرينين والأخوين مع أَصْبَغ، ولها في نكاحها الأول.

قُلتُ: وزعم ابن زرقون أن يبيعه بعد علمه بالإحداث مع عدم قيامه به يسقط القيام اتفاقًا، يرد بأنه إنما يصح هذا أن لو كان ضرر الإحداث يجاز بالعلم به مع السكوت عنه اتفاقًا، وليس الأمر كذلك لما قاله ابن رُشْد هنا، وفي نوازل أَصْبَغ حسبما تقدم، والعجب من قول ابن زرقون هذا مع كثرة اعتماده على كلام ابن رُشْد.

قال ابن زرقون في زاهي ابن شعبان: إن كان لإحدى الدارين باب في دار أخرى لم يستحق أرباب الدار التطرق إلا ببينة، فإن قامت بينة بالتطرق منه، ولم يقولوا بحق، فقيل: هي لغو إذ قد يتطرق بإذن رب الدار، وبغير إذنه، وقيل: يترك له على ما يثبت له بحق، ولا يمنع إلا بحق، وهذا كقول ابن سَحنون فيما أشكل قدمه، وحدوثه أنه على القدم.

وفي منع المالك إحداث بئر يملكه في غير الفلاة تضر ببئر سابقة لجاره وجوازه، ثالثها: إن استفرغ ماء بئر جاره، ورابعها: إن وجد بدًّا من احتفاره، ولم يضطر إليه، لابن رُشْد عنها، وعن ابن كنانة وسماع القرينين في السداد، والأنهار وأشهب.

و اللخمي: قال مالك: من أمر الناس اتخاذ أبراج الحمام، وإن عمرت من حمام الناس فلا بأس به.

اللخمي: يريد: أن كل من بنى برجًا بعد تقدمه غيره فلا ينفك أن يصير إليه من برج من تقدمه، ولا يقدر على الامتناع منه، وهذا إذا لم يحدث الثاني بقرب الأول، فإن فعل منع؛ لأن فيه ضررًا عليه.

ابن حدير: سئل أَصْبَغ بن محمد من شُيُوخ الأندلسيين عن المسألة، وقول اللخمي فيها؛ فأجاب بأن للثاني أن يبني بقرب الأول، وقال: إن أراد اللخمي أن المنع لضرر الاطلاع أو إذاية الزرع أو الثمرة فله وجه، وإلا فلا.

قُلتُ: الأظهر أن إحداث برج قرب برج أقدم منه يجري على ما تقدم في إحداث بئر قرب بئر سابقة.

اللخمي: ونصب الأجباح يجري على ما تقدم في الأبراج.

ولابن كنانة: لا ينصبها قرب أجباح الناس بل بعيدًا من العمران.

وقال أشهب: إن فعل وليس هناك إلا نحل مربوب فهو فيما دخل إليه أسوة غيره، وإن كان فيه نحل كثير غير مربوب، ونحل مربوب فلينصب، وما دخل إليه هو له؛ يريد: لأن الذي يدخل إليه غير المربوب؛ لأن الشأن في المربوب أن أصحابه يرصدونه، وإن دخل حمام برج في برج آخر، فإن عرف وقدر على رده رد قولًا واحدًا، وإن عرف وعجز عن رده ففي كونه ملكًا لمن صار إليه ووجوب رد أفراخه قولا ابن القاسم وابن حبيب: وإن جهل أو جهل عشه فهو لمن ثبت عنده.

وقول مالك: إن عرف وقدر على رده رد للأول، كقول ابن عبد الحكم في الصيد أنه للأول وإن لم يتأنس عنده لا يزول ملكه عنه؛ لأنه في حال كونه في برج الأول على حال التوحش؛ فينبغي على قول مالك أن يكون لمن صار إليه بل هو في هذا أضعف؛ لأن ما في البرج ليس بملك محقق ورد ما تقرر ملكه أولى.

وقول ابن حبيب برد الفراخ حسن على قول ابن عبد الحكم، وأحسن ذلك أن لا يرد للأول شيء، وإن قدر على رده؛ لأنها غير مملوكةٍ للأول إنما هي عنده على وجه الإيواء، وتأوي اليوم بموضع وغدا بآخر، وإن أوى حمام برج لدار رجل آخر إن علم أنه بري أو جهل صاحبه جاز له ملكه، وإن عرف برجه على قول مالك.

وقال ابن القاسم وأشهب: يرده إن عرف برجه، وإلا تصدق بقيمته، ومحمل قوليهما على أنه طالت إقامته، وإن كان بحدثان أخذه، ولم يقصه أرسله فالشأن عوده لوكره، وإن كان من حمام البيوت تأوي إليه، ولم يتعرض لحبسه فحكمه حكم اللقطة يخير في بيعه والصدقة بثمنه أو حبسه والصدقة بقيمته وحبسه دون الصدقة بشيء واسع، واستخف مالك حبسه كيسير اللقطة.

وقال ﷺ في الثمرة: لولا أن تكون من الصدقة لأكلتها، وإن دخل فرخ جبح لبيت آخر، فقال سَحنون: هو لمن دخل إليه.

ابن حبيب: يرده إن عرف موضعه، وإن لم يقدر رد فراخه ويلزمه رد قدر ما يكون

من عسله، وأرى إن رضي من صار إليه أن يعطي صاحبه قيمته كان ذلك له، والحكم للأول في النحل أقوى من الأبراج؛ لأن تلك إنما تأوي إليها، وهذه تصاد وتملك، ثم تجعل هناك؛ فينبغي أن تجري على حكم المربوب.

قُلتُ: وتقدم شيء من هذا في كتاب الصيد حيث ذكره اللخمي.

الباجي: والحيوان الذي لا تستطاع حراسته كالنحل يضر شجر القوم، وفرخ الحمام والعصافير تضر بالزرع والدجاج الطائرة والأوز وشبهها.

قال مُطَرِّف: يمنع من اتخاذها؛ لأن هذا طائر لا يستطاع الاحتراز منه كما يستطاع في الماشية.

وقد قال مالك في الدابة الضارية: تعرب وتباع، وهذا أشد، واختاره ابن حبيب.

وقال أَصْبَغ وابن القاسم: النحل والحمام والدجاج كالماشية لا يمنع من اتخاذها، وإن أضرت وعلى أهل القرية حفظ زروعهم وشجرهم، ومثله لابن كنانة، وقال: وما أحب أن يؤذى أحد.

قُلتُ: كثيرًا ما تقع هذه النازلة، والصواب أن يحكم فيها بقول مُطَرِّف وابن حبيب: وإن كان خلاف قول ابن القاسم؛ لأن منع أرباب الحيوان أخف ضررًا من ضرر أرباب الزرع والثمار؛ لأنهم لا يتأتى لهم حفظها، ولا نقل زروعهم ولا أشجارهم، وأرباب الحيوان يمكنهم قص دجاجهم وإوزهم والاستغناء عن عصافيرهم، ونقل أجباحهم، وإذا عرض ضرران ارتكب أخفهما، وبعضهم يذكره أثرًا، وبعضهم يذكره حديثًا، وبعضهم يذكره حكما مجمعا عليه.

عبد الحق: ذكر الزهري عن سعيد بن المسيب عن النبي ﷺ أنه قال: حريم البئر المحدثة خمس وعشرون ذراعًا، وحريم البئر العادية خمسون ذراعًا، وحريم الزرع ثلثمائة ذراع، وحريم العين السيح ستمائة ذراع هذا الحديث يروى مسندًا عن الزهري عن سعيد عن أبي هريرة عن النبي ﷺ[1]، ويروى مرسلًا كما تقدم والمرسل أشبه ذكر

---

(1) أخرجه الدارقطني: 4/ 220 رقم: (63).

الحديث والتعليل الدارقطني[1]، وذكره أبو داود في المراسيل عن الزهري[2].

وحريم البئر: ما يستحقه مستحقها من أرض هي محل انتفاعه بها.

فيها: لأهل البئر منع من أراد أن يبني أو يحفر بئرًا في ذلك الحريم؛ لأنه حق للبئر وضرر بهم، ولو لم يكن على البئر من حفر بئر أخرى ضرر لصلابة الأرض كان له منعهم لما يضر بهم في مناخ الإبل، ومرابض المواشي عند ورودها.

وفي حده بما يضر إحداث غير مستحقها فيه مستحقها في انتفاعه بها أو بالقيس قولان لها ولغيرها.

وفيها: ليس للآبار في المدَوَّنة عند مالك حريم محدود، ولا للعيون إلا ما لا يضر بها.

قال مالك: لأن منها ما هو في أرض رخوة، وما في أرض صلبة أو في صفاء.

عياض: الذي في أصل ابن عتاب وغيره من الأصول، وعليه كثير من المختصرين ورواية يحيى: إلا ما لا يضر بها قال: كذا روى سَحنون والصواب إلا ما يضر بها.

قال فضل: كذا قرأناه على غير يحيى.

عياض: كلاهما صواب معناه لا يضر أنه من حريمها، ومعنى ألا يضر حد حريمها، وعلى القياس في كونه في العادية، وهي القديمة خمسون ذراعًا، وفي البادية وهي التي ابتدئ حفرها نصفها أو العكس، نقلاه عن ابن نافع وأبي مصعب قائلاً في بئر الزرع خمسمائة ذراع.

وقاله ابن المسيب. وعنه أيضًا: ثلاثمائة ذراع.

قُلتُ: زاد اللخمي من كل نواحيها.

قال ابن شهاب: وكان يقال: حريم الأنهار ألف ذراع، وقول مالك أحسن

---

(1) سنن الدارقطني: 4/220.

قال: الصحيح من الحديث أنه مرسل عن بن المسيب ومن أسنده فقد وهم.

(2) أخرجه أبو داود في المراسيل: 1/ 290 رقم (403).

لاختلاف حال الآبار فمن ماء في أرض لا غياض فيها، ولا شعراء، ولم يعمل أكثر من الحفر ترك له سقي ذلك الماء أو ما يستطيع عمارته، وحمى شجر ما ابتدئ غرسه بموات.

روى اللخمي: ما يرى فيه مصلحتها، ولا يضرها.

وسئل فيه أهل المعرفة، وقد قالوا: اثني عشر ذراعًا من نواحيها إلى عشرة، ويسأل عن الكرم، وعن كل شجرة أهل العلم بذلك؛ فيكون لها بقدر مصلحتها، فإن كان عشرة أمر محدث غيرها قربها أن يبعد عنها بقدر حريمها، فإن لم يفعل قطع على الثاني ما دخل من شجره في حريم الأول بباطنه أو هواه، ولو باع نخلة وشرط حقوقها وفناءها جعل لها على هذا القول عشرة أذرع من جميع نواحيها.

وفي نوازل الشعبي جوابا لسَحنون: حريم شجرة رجل في أرض آخر هو ما أخذ ظلها حين استواء الشمس عليها قبل فيئها.

قُلتُ: ذكر عبد الحق للطحاوي عن أبي سعيد الخدري قال: اختصم رجلان إلى النبي ﷺ في نخيلة فقطع منها جريدة، ثم ذرع بها النخيلة، فإذا فيها خمسة أذرع فجعلها حريمًا[1]، وقال أبو داود: خمس أذرع أو سبع، وصححه بسكوته عنه، ولم يتعقبه ابن القطان.

قُلتُ: وفيه متمسك لجواب سَحنون، ومستند ما ذكره اللخمي حديث ابن عباس عن النبي ﷺ قال: **«لا ضرر ولا ضرار»**[2] خرجه الدارقطني.

قال عبد الحق: في إسناده إبراهيم بن إسماعيل هو ابن أبي حبيبة، وثقه أحمد بن حنبل وضعفه أبو حاتم، وقال: هو منكر الحديث لا يحتج به.

ورواه عبد الملك بن معاذ النصيبي عن الداوودي[3] عن عمرو بن يحيى عن أبيه

---

(1) أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار: 9/ 173، رقم: (3541).

(2) سبق تخريجه.

(3) هو: أبو جعفر أحمد بن نصر الداودي الأسدي، كان فقيهاً فاضلاً، له حظ من اللسان والحديث

عن أبي سعيد عن النبي ﷺ قال: **«لا ضرر ولا ضرار»**، وذكره أبو عمر، ورواه مالك عن عمرو بن يحيى عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: **«لا ضرر ولا ضرار»** كذا رواه مرسلًا.

قُلتُ: تعقبه ابن القطان بأن عبد الملك هذا لا تعرف حاله، ولا أعرف من ذكره.

اللخمي: من أحيا للسكنى، فقال لمن أراد أن يحيي بعده: ابعد عني فإنك تكشفني إن قربت مني كان له ذلك قضى عمر بن عبد العزيز فيه أن ينزل عنه نحو مائة ذراع قال: حيث لا تتبين امرأة، ولا يسمع كلام الحي، وإن شكى أنه ضيق عليه في المرعى أبعد عنه، وأرى أن يبعد إذا خاف الكشف أكثر من مائة ذراع، ولا يضيق على النساء في تصرفهن هناك.

قُلتُ: هذا الذي ذكره اللخمي كأنه المذهب عنده خلاف ما تبع فيه ابن شاس وابن الحاجب الغزالي، وجعلاه المذهب، وهو قولهما: حريم المحفوفة بالموات ما يرتفق به من مطرح تراب ومصب ميزاب والحق عندي أن الإحياء إن كان أذن الإمام فيه أو مقتضى حال الموضع المحيا فيه جعل ذلك الموضع مدينة أو قرية لا تتقرر غالبًا إلا باجتماع الساكنين، واتصال مساكنهم فالحق ما قاله ابن شاس وابن الحاجب، وإن لم يكن الأمر كذلك كما ذكر لي عن مساكن أهل الجبال، كجبال زواوة ونحوها فالحق ما قاله اللخمي.

والنظر، ألف كتابه النامي في شرح الموطأ، والواعي في الفقه، والنصيحة في شرح البخاري، والإيضاح في الرد على القدرية، لم يتفقه على إمام مشهور وإنما وصل بإدراكه، حمل عنه أبو عبد الملك اليوني، وأبو بكر بن محمد بن أبي زيد. ت 402هـ.

وانظر ترجمته في: الديباج المذهب، ص: 94، وشجرة النور الزكية، ص: 111، وترتيب المدارك: 7/ 102.

[باب التحجير]

التحجير: هو ضرب حدود حول ما يريد إحياءه[1]، وهو ممن لا يقوى على الإحياء لغو اتفاقًا، وما يقوى عليه وتأخيره بيسير الأيام لتليين الأرض أو لرخص الأجير معتبر لسماع يحيى ابن القاسم، ونقل اللخمي والباجي عن أشهب.

وفي السماع مع اللخمي: إن حجر كثيرًا وعمر منه يسيرًا فالزائد عليه كمنفرد عنه، والتحجير لأكثر من ذلك في لغوه مطلقًا أو إن زاد على ثلاثة أعوام سماع يحيى ابن القاسم، مع قولها، ونقل ابن رُشْد عن الواضحة مع اللخمي عن الأخوين.

الباجي: لأشهب في المجموعة عن عمر فيمن حجر أرضًا ينتظر به ثلاث سنين ورآه حسنًا.

زاد ابن رُشْد: وأنكر ابن القاسم في المدَوَّنة أن يكون سمع من مالك في ذلك شيئًا.

قُلتُ: فلأشهب القولان صرح بهما عياض عنه.

[باب الإقطاع]

والإقطاع: تمليك الإمام جزءًا من الأرض[2]، لا يصح فيما هو موقوف لمصالح

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (هو ضرب حدود حول ما يريد إحياءه) قاله عياض.

(2) قال الرَّصاع: ذكر الشَّيخ: في جنس الإقطاع التمليك والتمليك يعم العطية كما يذكر بعد في رسم العطية، وذلك بغير عوض.

(فإن قلت): أطلق في الأرض، وقد نص ابن رُشْد: على أن الإقطاع لا يكون في معمور أرض العنوة قالوا: لأن سيدنا عمر رضي الله عنه أوقفها.

(قُلتُ): اللخمي نقل خلاف ذلك، وجوز الإقطاع، وحد الشَّيخ يعم القولين أو يعم صحيحه وفاسده.

(فإن قلت): الفقهاء يقولون الإقطاع تمليك وانتفاع، وهو عندهم على قسمين، وتعريف الإقطاع بالتمليك هنا يرده.

(قُلتُ): الإقطاع إذا أطلق مجردًا، فإنه يحمل على التمليك، وهو يدل على الحقيقة الشرعية في التمليك،

المسلمين في التجارة لأرض الحرب لا يجوز شراء أرض مصر، ولا تقطع لأحدٍ.

قال غير واحد: لأنها فتحت عنوة.

وسمع يحيى ابن القاسم في كتاب السداد والأنهار: ما قارب الأمصار والمدن من الموات التي لا يجوز إحياؤه إلا بإذن الإمام إن أقطعه رجلا فله بيعه، ويورث عنه، ويكون أحق به، وإن لم يعمره، وليس حاله كحال المعادن.

ابن رُشْد: الإقطاع يكون في البراري والمعمور إلا معمور أرض العنوة التي حكمها أن تكون موقوفة.

قُلتُ: يريد: إقطاع التمليك، وأما إقطاعها للانتفاع بها مدة فجائز.

قاله الطرطوشي وغيره وابن رُشْد: فإذا أقطع أحدًا شيئًا من الأرض المعمورة فلا كلام في أن المقطع يستحقه بنفس الإقطاع، وإن أقطعه شيئًا من الموات ليحييه استحقه بنفس الإقطاع، وارث يورث عنه، وله بيعه وإعطاؤه إلا أن للإمام أخذه بإحيائه، فإن لم يفعل أو عجز أقطعه لغيره لما روي أنه ﷺ أقطع بلال بن الحارث من العقيق ما يصلح للعمل فلم يعمله فقال له عمر: إن قويت على عمله فاعمله وإلا أقطتعه للناس، فقال له: أقطعنيه رسول الله ﷺ، فقال له عمر: إنه ﷺ اشترط عليك فيه شرطًا فأقطعه عمر للناس[1]، فإن باعها أو وهبها بعد عجزه قبل نظر الإمام في ذلك مضى ذلك وحل

وإذا أريد الإحياء، قيد بحيث قسم فإنما هو التقسيم للإحياء؛ لأن الإقطاع المطلق ينقسم إلى قسمين، ولذا لما كان الإقطاع حقيقة في التمليك.

قالوا: إنه لا يجوز في معمور أرض العنوة، وقالوا: إنه يجوز إقطاع الانتفاع فيها، وإن منع التمليك فيها ووقع في كلام بعض الفقهاء أن الإقطاع أعم، وأن الإقطاع يكون بالتمليك، ويكون بالانتفاع فانظره، وانظر ما نقل الشَّيخ بعد عن ابن القاسم وعن الأخوين لا يقال يرد على رسمه إذا كانت أرضا مملوكة للإمام، ثم وهبها، فإن ذلك لا يسمى إقطاعا، وإنما ذلك هبة؛ لأنا نقول لما ذكر الإمام دل على حيثية التمليك من حيثية الإقامة، والله سبحانه يفهمنا عنه بمنه وفضله.

(1) أخرجه الحاكم في المستدرك: 1/ 561، رقم: (1467) كتاب الزكاة، والبيهقي في الكبرى: 4/ 152، رقم: (7426) كتاب الزكاة باب زكاة المعدن، ومن قال المعدن ليس بركاز.

المبتاع والموهوب له فيه محل البائع أو الواهب، فقوله في السماع: يكون أحق به، وإن لم يعمره معناه إن قال: أعمرها، ولو قال: لا أعمرها أو عجز عنها فللإمام أن يقطعها غيره

ولو أحياها غيره بعد عجزه دون قطيعة من الإمام جرى على الخلاف فيمن أحيا ما قرب من العمران دون إذن الإمام.

قُلتُ: وللخمي عن الأخوين: من أقطعه الإمام أرضًا على عمارتها فله بيعها وهبتها والصدقة بها ما لم ينظر في عجزه فيقطعها غيره.

قال: وظاهر المذهب أن من أقطع أرضًا ليملكها لا بشرط العمارة كانت له، وإن عجز عن عمارتها، وذكر قصة بلال وعمر عن ابن وَهْب.

قُلتُ: كذا ذكر اللخمي في غير نسخة قول الأخوين أن الإقطاع مقيد بأنه على العمارة.

وقال الباجي ما نصه: ما افتتح ملكه على قسمين إقطاع، وإحياء فما يملك بإقطاع من الإمام.

سمع يحيى ابن القاسم: أنها للمقطع، وإن لم يعمرها، ويبيع ذلك، ويورث عنه.

وقال ابن حبيب عن الأخوين: من أقطعه الإمام فلم يقدر على عمارته فله أن يبيع ويهب ويتصدق ما لم ينظر في عجزه عنها فيقطع غيره، فرأى ابن القاسم الإقطاع تمليكًا تامًا، ورآه الأخوان إذنًا في الإحياء، ومن شرطه العمل.

ابن زرقون: ورآه غير واحد من الشُيُوخ وفاقًا، وجعلوا قول الأخوين تفسيرًا.

قُلتُ: فذكر الباجي قول الأخوين في الإقطاع العري عن شرط العمارة، وجعله خلاف قول ابن القاسم، ونقله اللخمي مقيدًا به كما مر.

وفسر ابن رُشْد سماع يحيى بمعنى قول الأخوين.

وذكر ابن شاس عن الأستاذ أبي بكر أنه حمل سماع يحيى على ملك المقطع ما أقطعه.

قال: كانت الأرض المقطعة من فيافي الأرض أو مما قرب من العمران، ولا يطالبه الإمام بعمارتها بخلاف الإحياء فالحاصل إن شرط في الإقطاع العمارة اعتبرت، وإن نص على لغوها سقطت اتفاقًا فيهما.

وإن لم يذكر شرطها ولا لغوها، ففي لزوم اعتبارها طريقان لابن رُشْد مع ابن زرقون عن غير واحد من الشُيُوخ وابن شاس عن الأستاذ أبي بكر مع الباجي، وهو ظاهر السماع، ونقل اللخمي عن المذهب.

وذكر ابن عبد السلام لفظ الأخوين على ما ذكره اللخمي، وقول ابن زرقون: وفيه نظر؛ لأن ابن زرقون ما ذكر كونه تفسيرًا إلا على ما حكى الباجي في لفظ الأخوين عريا من الشرط، وهو الذي يحتمل الخلاف، ويفتقر إلى بيان كونه تفسيرًا، وأما على ما ذكره اللخمي فهو غني عن البيان؛ لأن مفهوم كلامهما هو نفس سماع يحيى فتأمله.

قال ابن الحاجب: لا يقطع غير الموات تمليكًا لكن امتناعًا.

ابن هارون: لأن غير الموات عنوة أو صلح والعنوة موقوفة.

قُلتُ: معناه: أرض العنوة التي كانت بيد أهل الحرب يعتملونها لا مواتًا.

وقال ابن عبد السلام: هذا جار على المشهور إن كانت أرض عنوة، وإن كانت غيرها فلا مانع من إقطاعه تمليكًا.

قُلتُ: قوله: على المشهور يقتضي وجود نص القول بمقابله.

ابن رُشْد: لا يكون إقطاع في معمور أرض العنوة، وقاله الداودي، وذكره ابن حبيب رواية لابن القاسم، وإنما لم يجز ذلك؛ لأن عمر ﷺ أوقفها للمسلمين، ورأيت للخمي جواز إقطاعها، وليس بصحيح على مذهب مالك.

الباجي: ما أحاطت به العمارة.

قال أَصْبَغ وداود بن سعيد والأخوان: يقسم.

ابن حبيب: لأنها أفنيتهم ومحتطبهم ومراعيهم، ولذا لم يكن للإمام أن يقطع شيئًا منها؛ لأنه حق لهم كأفنية الدور.

ابن زرقون: قال أبو محمد قوله: لا يقطعه الإمام غير صحيح.

قُلتُ: وفي النوادر ما نصه: قال سَحنون: إنما الإقطاع فيما فضل عن منافع أهل تلك الأرض من المسارح والمراعي، وقد أقطع النبي ﷺ الزبير أرضًا فيها نخل من أموال بني النضير[1]، وأقطع عمر للناس العقيق أجمع[2].

الباجي في المدنيَّة: لا بأس أن يقطع الإمام الأغنياء إن كان أقطع الفقراء ما يكفيهم، ولعل هذا في الإقطاع دون الإحياء؛ لأن الإحياء لا تملك به الأرض إلا بإنفاق وعمل، فالغني أقدر عليه، والإقطاع تملك به الأرض دون نفقة.

قُلتُ: الإقطاع لا يكون إلا لمصلحة المسلمين، فإن تعدد ذوو المصلحة، وتقاربوا في تحصيلها بدئ بفقيرهم قبل غنيهم، ولو انفرد الغني بتحصيل تلك المصلحة دون الفقير صح تبدئته عليه كمصلحة الجهاد، وفي ذوي الفروسية وقتال عدو الدين، ومصلحة خدمة العلم تعلمًا وتعليمًا، وتقدم شيء من هذا المعنى في قسم الفيء في الجهاد.

[باب الحمى]

الحمى: الباجي هو أن يحمي موضعًا لا يقع به التضييق على الناس للحاجة العامة لذلك لماشية الصدقة والخيل التي يحمل عليها[3].

---

(1) أخرجه البخاري: 9/ 280 و281 في النكاح، باب الغيرة، ومسلم: رقم (2182) في السلام، باب جواز إرداف المرأة الأجنبية إذا أعيت في الطريق.

(2) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف: 6/ 472، رقم: (33025) ط الرشد.

(3) قال الرَّصاع: ظاهر كلام الشَّيخ: أنه سلم هذا الرسم للخمي مع أن فيه ما يوجب الدور في التعريف وظاهر التعريف أن الحمى إنما هو لما خصصه، وهو كذلك، وأخذ الشَّيخ من ذلك طول تأخير إخراج الصدقة إذا كان ليتوخى مصرفها، وذكر الشَّيخ هنا الحديث المعلوم «أن رسول الله ﷺ حمى البقيع» وصوب فيه الباء قبل القاف، وذكر عن عبد الحق أنه رآه بالنون، واستطرد كلام اللغويين.

قال بعض تلامذته: لم ير الشَّيخ رحمه الله كلام القاضي عياض في باب الأشربة، وقد ذكر فيه اللغتين وقال إنه

قُلتُ: قوله: (لماشية الصدقة) يقوم منه دون تأخير صرف الزكاة إذا كان لترجي مصرفها.

أبو داود عن الصعب بن جثامة أن النبي ﷺ حمى البقيع، وقال: لا حمى إلا لله ولرسوله[1].

وقال علي بن عبد العزيز في المنتخب: حمى البقيع لخيل المسلمين ترعى فيه.

قال عبد الحق: هذا أصح أحاديث الحمى، وهو الذي يعول عليه.

قُلتُ: لفظ النقيع وجدته في نسخة صحيحة من الباجي، ومن أحكام عبد الحق بالنون قبل القاف، وذكره البكري بالباء قبل القاف، وكذا وجدته في نسخة صحيحة عتيقة من النوادر، وهو مقتضى نقل اللغويين.

قال الجوهري: في حرف الباء: والبقيع موضع فيه أروم الشجر من ضروب شتى، وبه سمي بقيع الغرقد، وهي مقبرة بالمدينة، ونحوه في مختصر العين، ومثله لابن سيدة، وزاد: والغرقد: شجر له شوك كان ينبت هنالك فذهب، وبقي الاسم لازمًا للموضع.

ولم يذكر أحد منهم النقيع بالنون قبل القاف أنه اسم لموضع مع كثرة ما جلب فيه ابن سيده في المحكم.

وقال الباجي: في آخر الموطأ في ترجمة ما يتقى من دعوة المظلوم، وفيه ذكر الحمى، فقال الباجي، وهذا الحمى هو النقيع بالنون، ولم يتكلم عياض في مشارقه على هذه الكلمة لعدم وقوعها في الموطأ والصحيحين.

الشَّيخ: روى ابن وَهْب أنه ﷺ حما البقيع، وهو قدر ثمانية أميال، ثم زاد فيها الولاة، وحمى أبو بكر الربذة لما يحمل عليه في سبيل الله نحو خمسة أميال في مثلها، وحماه عمر لإبل الصدقة وحمى أيضًا السرف، ثم ذكر ما في آخر الموطأ في ترجمة ما يتقى

بالنون، ولا وجه لمن رواه بالباء، وذكر في المشارق خلافه.

(1) أخرجه البخاري: 5/ 34 و35 في الحرث والمزارعة، باب لا حمى إلا لله تعالى ورسول الله ﷺ، وأبو داود: رقم (3083) و(3084) في الخراج والإمارة، باب في الأرض يحميها الإمام أو الرجل.

من دعوة المظلوم فيه عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر بن الخطاب ﷺ استعمل مولىً له يدعى هبيًا على الحمى فقال: يا هبي اضمم جناحك عن الناس واتق دعوة المظلوم، فإن دعوة المظلوم مجابة، وأدخل رب الصريمة والغنيمة وإياي ونعم ابن عوف وابن عفان، فإنها إن تهلك ماشيتهما يرجعان إلى المدينة إلى زرع ونخل، وإن رب الصريمة والغنيمة إن تهلك ماشيته يأتيني ببينة فيقول: يا أمير المؤمنين يا أمير المؤمنين أفأتركهم أنا لا أبا لك فالماء والكلأ أيسر علي من الذهب والورق وايم الله إنهم ليرون أني قد ظلمتهم، إنها لبلادهم ومياههم قاتلوا عليها في الجاهلية، وأسلموا عليها في الإسلام، والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبرًا.

أبو عمر: فيه ما كان عليه عمر من التقى، وأنه لا يخاف في الله لومة لائم؛ لأنه لم يداهن عثمان ولا عبد الرحمن وآثر المساكين والضعفاء وبين وجه ذلك، وامتثل قوله ﷺ: لا حمى إلا لله ولرسوله يعني إبل الصدقة، وقوله: اضمم جناحك يقول لا تستطل على أحد لمكانك مني، والإحياء في بعيد الموات: في افتقاره لإذن الإمام طريقان:

اللخمي وابن رُشْد: لا يفتقر.

ابن حبيب عن الأخوين: يستحب.

الباجي: لا يفتقر.

وليحيى عن ابن القاسم: لا يحيا إلا بإذن الإمام، فإن عمرها بغير إذن، فروى ابن سَحنون ما علمت اختلافا في أن ذلك له.

ولابن مزين عن ابن نافع مثله، وقال في الذي يقتطع الموات البعيد فيحييه بغير إذن الإمام ينظر فيه الإمام إن رأى إخراجه أخرجه.

قُلتُ: فيكون فيه بعد الوقوع لابن نافع قولان، وفي قريبه طريقان.

الباجي: لابن سَحنون عن مالك، وابن القاسم وأشهب لا يحيا إلا بإذن الإمام.

ابن عبدوس عن أشهب: يحييها من شاء بغير إذنه.

سَحنون: وقاله كثير من العلماء من أصحابنا وغيرهم.

ابن رُشْد: المشهور في القريب الذي لا ضرر في إحيائه على أحد لا يجوز إلا بإذن الإمام، وقيل: استئذانه مستحب لا واجب.

قُلتُ: عزاه اللخمي لأشهب و أَصْبَغ، وتقدم حد القرب.

وقال اللخمي: هو ما كان في المحتطب والمرعى.

الباجي: لابن سَحنون عن ابن القاسم ما قرب من العمران لا يدخل في الحديث، وأنكره سَحنون وقال: المعروف أنه لا يجوز إحياؤه إلا بإذن الإمام.

وقد قال مالك: معنى الحديث في فيافي الأرض، وما بعد عن العمران الذي أنكر سَحنون حمل قول ابن القاسم على أنه لا يجوز الإحياء فيما قرب، وإن أذن فيه الإمام.

قُلتُ: في قبول الباجي إنكار سَحنون قول ابن القاسم مع احتجاجه على ذلك بقول مالك: "معنى الحديث فيما بعد عن العمران" نظر؛ لأن قول ابن القاسم: ما قرب لا يدخل في الحديث، هو نفس رواية سَحنون معنى الحديث فيما بعد عن العمران.

قُلتُ: في النوادر من كتاب ابن سَحنون: ما قرب من العمران لا يحيا إلا بإذن من الإمام ما أضر بأهل القرى في مسرح ومرعى ومحتطب، ونحوه منع منه.

قال سَحنون في المجموعة: كانت أرض صلح أو عنوة أو أرض أسلم عليها أهلها.

قال اللخمي: لأن البعيد خارج عن ما انعقد عليه الصلح أو أسلم عليه؛ لأنه لم يكن فيه منتفع ولا حمىً ولا دب، وعلى المشهور إن وقع دون إذن ففي إمضائه، ولزوم إخراجه، ثالثها: للإمام إمضاؤه وإزالته وإعطاؤه غيره أو بيعه للمسلمين للباجي عن ابن حبيب عن أَصْبَغ، ولابن سَحنون عن ابن القاسم ولابن حبيب عن الأخوين مع مالك.

ابن زرقون: للمغيرة وأشهب ك أَصْبَغ.

قُلتُ: هو نقل ابن رُشْد اللخمي عن الأخوين يخير الإمام في أربعة في إبقائه أو جعله للمسلمين مع إعطائه قيمة بنائه منقوضًا أو أمره قلع نقضه أو إعطائه غيره، وله

قيمته منقوضًا.

قال: وأرى إن كان في إبقائه ضرر؛ لأنه ضيق المرعى أو المسكن لمن كان يسكن بأهله وماشيته أو لما يعلم من شره وحاله أولأنه غني عنه وغيره فقير أخرج، وإن كان فقيرًا لا تخشى ناحيته، ولا يضيق على الناس أو كان الإحياء للحرث لا للسكنى الشيء اليسير لم ينتزع.

قُلتُ: ليس هذا بخلاف لقول الأخوين بل هو تقرير لتعلق التخيير؛ لأنه للمصلحة لا للتشهي إلا أنه فيه خلافًا لنقل الباجي عن الأخوين يعطى قيمة عمله منقوضًا يعطيه ذلك الإمام أو غيره، ولا آمره بقلعه.

ابن رُشْد: على إخراجه يكون له قيمته منقوضًا، وهو القياس، ولو قيل قائمًا للشبهة لكان له وجه.

قُلتُ: قاله اللخمي أيضًا.

فيها: إحياء الأرض شق العيون، وحفر الآبار، وغرس الشجر، والبناء، والحرث.

عياض: اتفق على سبعة تفجير الماء، وإخراجه عن غائرها، والبناء، والغرس، والحرث مثله تحريك الأرض بالحفر، وقطع شجرها، وسابعها: كسر حجرها وتسوية حروفها، وتعديل أراضيها.

وفي رعي كلائها وحفر بئر ماشية: قولا أشهب وابن القاسم.

الباجي: لابن سَحنون عن أشهب وابن القاسم وجميع أصحابنا: ليس الرعي إحياء.

ولأشهب: من نزل أرضًا فرعى ما حولها فرعيهم إحياء؛ لأنهم ينتظرون أن يزرعوا.

قال في المجموعة: ألا ترى المعدن إن عمل فيه كان له ما قام عليه، ولم يعجب سَحنونا قول أشهب.

قال ابن القاسم وأشهب: وليس حفر بئر الماشية إحياء.

قُلتُ: هذا خلاف متقدم نقل عياض عن أشهب.

وإحياء الذمي في جزيرة العرب لغو:

روى اللخمي: هي الحجاز والمدينة واليمن، وزاد الشَّيخ ولابن حبيب.

قال الأخوان: جزيرة العرب مكة والمدينة والحجاز كله، والنجود واليمن إن عمر فيه أعطي قيمة عمارته وأخرج.

ولابن القاسم في المجموعة: له ما أحيا في موات أرض الإسلام غيرها.

ولابن حبيب عن الأخوين: له ما أحيا في بعيد العمران، ويخرج مما عمر في قريبه ويعطى قيمته منقوضًا؛ لأن الذمي لا يقطعه الإمام؛ لأن ما قرب كالفيء ولا حق له في الفيء فقبله الشَّيخ.

وقال الباجي: فيه نظر؛ لأنه لو كان كفيء الأرض لم يجز تملكه، ولا قسمه، ولا بيعه عند مالك، ويلزم أن لا يحييه عبد ولا امرأة؛ لأنهما ليسا من أهله، ولو قيل: حكم الذمي كالمسلم في القريب لم يبعد، ثم قال: وفي إحياء غير المسلم ما قرب مضرة فلا يأذن فيه الإمام.

قُلتُ: هذا خلاف قوله: لم يبعد.

اللخمي: يخرج إن عمر فيما قرب.

ولابن القُصَّار: لا يجوز للإمام الإذن لأهل الذمة في الإحياء غير مفرق بين قريب، ولا بعيد.

قُلتُ: ففي جوازه له مطلقًا، ومنعه مطلقًا، ثالثها: فيما بعد لقول الباجي: لو قيل: حكم الذمي فيما قرب كالمسلم لم يبعد، وقول ابن القُصَّار والمشهور.

وعزا ابن شاس الأول لابن القاسم لقوله: قال ابن القاسم: الذمي كالمسلم لعموم الخبر إلا في جزيرة العرب.

وقال بعد نقله قول ابن القُصَّار: قال ابن حبيب عن الأخوين: إن عمر فيما بعد فذلك له، وفيما قرب يخرج، ولو كان بإذن الإمام؛ لأنه فيء، وتبع ابن الحاجب ابن شاس.

والطرق: الشَّيخ في المجموعة والواضحة: روى ابن وَهْب أنه ﷺ قال: «من

اقتطع من طريق المسلمين أو أفنيتهم شبرًا من الأرض طوقه الله يوم القيامة من سبع أرضين»، وقضى عمر ﷺ بالأفنية لأرباب الدور.

ابن حبيب: تفسيره يعني بالانتفاع في المجالس والمرابط والمساطب وجلوس الباعة للبيع الخفيف.

ومر عمر بكير حداد في السوق فأمر به فهدم، وقال: يضيقون على الناس السوق.

اللخمي: ما بين الدور من الرحبات، والشوارع من أخذ منه شيئًا لداره، وهو يضر بالمارة أو بأهل الموضع منع وهدم عليه، وإن لم يضر، ففي جوازه وكراهته، ثالثها: يمنع ويهدم لقولي مالك، وظاهر قول أَصْبَغ مع ابن القاسم وسَحنون مع الأخوين.

وقال أشهب مرة بالثاني، وآخرًا بالثالث.

وصوّب اللخمي الكراهة.

قُلتُ: واستمر عمل قضاة العدل على المنع والهدم وجرحة فاعله إن لم يعذر بجهل، والمستحق فيما أبيح للباعة بالسبقية إليه كما لا يخرج أحد لأحد من مستنجى حبس يسكن، وكالطعام للحاجة في الغنيمة قبل قسمه والصيد.

وفي استمرار حقية الموضع بالسبقية إليه بغية الدوام دون تخلل تركه نقلا بعض من لقيناه عن المتأخرين.

قُلتُ: ولعياض ومن حديث أبي واقد الليثي في الثلاثة من كتاب الأدب، قال مالك في حديث: **«إذا قام أحدكم من مجلسه فهو أحق به»**(1) هو على الندب، وخصه ابن مسلمة بالقائم إن قام لحاجة لا تاركًا له.

ولمالك: من ارتسم بموضع من المسجد لإقراء القرآن أو تدريس أو فتوى هو أحق به، والجمهور على أنه استحسان، لا واجب، ولعله مراد مالك.

ومن قعد من الباعة بأفنية الطرق، وأصحاب المرافق هو أحق به، فإن قام ونيته

---

(1) أخرجه مسلم: رقم (2179) في السلام، باب إذا قام من مجلسه ثم عاد فهو أحق به، وأبو داود: رقم (4853) في الأدب، باب إذ قام من مجلسه ثم رجع.

الرجوع، فحكى الماوردي عن مالك: هو أحق به حتى يتم غرضه قطعا للنزاع، وقيل: هو وغيره سواء، وهو قول الجمهور.

قُلتُ: ويؤخذ الاستحقاق بالنية من قولها: من خرج لمكة، ونوى أن يسير يومًا ويقيم يومًا قضى في سائر سفره فكما لم يمنع يوم الإقامة اتصال ما بعده بما قبله كذا سبقية الثاني لاتمنع اتصال أحقية إتيان الأول بعد الثاني بإتيانه الأول، وكلما اتصل به كان أحق به، وربما يتخرج على مسألة من أحيا أرضا بعد مواتها بعد إحياء لغوه فتأمله.

وتقدم كثير من أحكام ما يباح فعله في المسجد، وما لا في كتاب الصلاة.

وسمع ابن القاسم: كتب ذكر الحق في المسجد ما خف منه لا بأس به، وما طال لا أحبه، وقضاء الرجل فيه ذهبًا لا بأس به، وما كان على وجه التجر، والصرف لا أحبه.

وسمع أشهب: في كتاب الصلاة في استحباب كون النصارى الذين يبنون في مسجد رسول الله ﷺ أن يجازوا إلى موضع منه، ويدخلوا مما يليه، ولا يختلفوا ما لا عمل لهم فيه.

ابن رُشْد: إنما لم ينكر مالك دخولهم مسجده ﷺ، ووسع فيه وإن كان مذهبهم منعهم من دخول المساجد مراعاة لاختلاف أهل العلم في ذلك منهم من أباح دخولهم المساجد إلا المسجد الحرام، ومنهم من لم يستثنه، وفي السماع المذكور، وكراهة كشف سقف قبره ﷺ، ورأى من صونه أن يكون مغطى، ولم ير أن يكتفى في ذلك بالخيش، وقال: ينبغي أن ينظر في أمره.

ابن رُشْد: كأنه رأى أن يغطى كتغطية البيوت المسكونة، وأخبرني من أثق به أنه اليوم لا سقف له تحت سقف المسجد، وفي الزكاة منها ما ظهر من المعادن بأرض العرب أو البربر فالإمام يليها، ويقطعها لمن يرى ظهرت في الجاهلية أو بعد الإسلام، وما ظهر منها في أرض الصلح فهو لأهل الصلح دون الإمام، ولهم أن يمنعوها من الناس، وما ظهر منها بأرض العنوة فهو للإمام.

وسمع يحيى ابن القاسم في الزكاة: الأمر كله لله في كل المعادن كانت بأرض رجل خاصة أو بأرض أهل ذمة من عنوة أو في أرض موات ليست لأحد إلا بقطيعة من

الإمام، وليست لمن أقطعها إلا بحال ما وصفت لك من الانتفاع بنيلها ما عمل، ثم إن ترك العمل أو مات عنها أقطعها الإمام من شاء.

قال سَحنون: إنما ذلك في المعادن التي بالأرض التي لا تملك كالموات، وأما الرجل له الأرض يملكها يظهر فيها معدن فهو له يمنعه، ويعمل فيه، ولا يجوز له بيعه؛ لأنه غرر لا يدري ما فيه، ولا كم يدوم له.

ابن القاسم: وأهل الصلح ما كانوا على دينهم فلهم صلحهم والوفاء بعهدهم، فإن أسلم من المعدن في أرضه رجع أمره للإمام.

ابن رُشْد: مذهب ابن القاسم أن أمر المعادن للإمام كانت بأرض مملوكة أو غير مملوكة يقطعها من يعمل فيها لا على وجه التمليك إلا أن تكون بأرض صلح فأهل الصلح أملك بأرضهم، فإن أسلموا رجع أمرها للإمام هذا قول ابن القاسم في هذا السماع، ولا يلتئم على أصله أن يرجع إليه منها إلا ما ظهر في أرضهم بعد إسلامهم، وأما ماظهر قبله فالواجب على أصله أنه لهم؛ لأنهم أسلموا عليه، ومثل ذلك روى محمد، وظن بعض أهل النظر أن قول مالك في الموازيَّة في أهل الصلح إن أسلموا على أرضهم، وفيها معادن أنها لهم.

خلاف قول ابن القاسم مثل قول سَحنون، وليس بصحيح؛ بل قول مالك هو الصحيح على أصل ابن القاسم في أن مالك الأرض لا يملك بملكها ما كان فيها من مجهول لم يعلم به كالمعدن، وشبهه خلاف مذهب سَحنون أنه يملكه بملكها، وهو قول ابن حبيب، وفي السماع المذكور هل للإمام أن يزيل منها الذي يقطعه إياها إذا طال عمله فيها، ولم يتركها، ولا مات عنها، ولا يقطعها غيره فلم يجبه عن ذلك.

وروى أشهب: أن ذلك له، وهو ظاهر في الوجهين معًا؛ لأنه إن طال عمله فيه فقد انتفع بما أقطع، ولم يستحق ملك المعدن بذلك الإقطاع، ولا العمل فيه حياته إلا أن يقطعه إياه حياته، وأما إن مات ففي كتاب الشركة منها للإمام أن يقطعه لمن يشاء، ولم يبين إن كان أدرك نيلًا أم لا.

وقال سَحنون: إن كان أدرك نيلًا لم يكن للإمام أن يقطعه لمن يشاء، ولم يبين

إلا لورثته.

وقال أشهب: وورثته أحق، وإن مات قبل أن يدرك النيل وهو القياس؛لأنه إذا أقطعه غير ورثته، وقد عمل فيه ذهب عمله باطلًا إلا أن يكون قد أدرك النيل، ومضى له مدة أو شاء الإمام أن يقطعه غيره قبل أن يموت كان له ذلك؛ فيكون له أن يقطعه لغير ورثته.

الباجي: ما كان منها بأرض جميع المسلمين كالبراري والموات، وأرض العنوة فالإمام يقطعه من شاء للانتفاع مدة محدودة أو غير محدودة، ولا يملكه رقبتها؛ لأنها كأرض المسلمين يحبسها الإمام لمنافعهم لا يبيعها عليهم، ولا يملكها بعضهم، وما كان منها بأرض الصلح، فقال ابن حبيب: يقطعها الإمام من شاء، وذكره عمن لقي من أصحاب مالك.

وقال ابن نافع وابن القاسم: لا حق للإمام فيها، وهي لأهل الصلح.

ابن زرقون: انظر ما حكاه عن ابن حبيب إنما ذكر ابن حبيب هذا في فيافي أرض الصلح لا في أرضهم المتملكة، ولا خلاف أعلمه في معادن فيافي أرض أهل الصلح أنها للإمام، ولا خلاف في معادن أرض الصلح المتملكة أنها لأهل الصلح.

الباجي: قال ابن القاسم: ومن أسلم منهم وبيده معدن أخرج عنه، وأقطعه الإمام من شاء.

ابن زرقون: وروى محمد: يبقى للصلحي الذي أسلم.

الباجي: ما كان منها بأرض رجل من المسلمين، فقال ابن القاسم: لا يملكه، وقال مالك: هو له، وله منعه.

ابن زرقون: هو قول سَحنون، وشُيُوخ ابن حبيب.

الباجي: ومن أقطع منها شيئًا لم يكن له بيعه؛ لأنه لا يملكه.

قال ابن القاسم: ولا يورث عنه.

وقال أشهب: يورث عنه، ولعله يريد: أن يتركه الإمام بيد وارثه بمنزلة إقطاع لهم لا حقيقة الإرث؛ لأن مورثهم لم يملكه.

ابن زرقون: هذا هو ظاهر قول أشهب؛ لأنه قال: ورثته أحق به بعد موته، ولم يقل يورث عنه، ولعله يريد: هم أحق أن يقطعهم الإمام إياها، وإنما اختلفا في إرث النيل ولو مات، ولم يدرك نيلا فلا خلاف أنه لا شيء لوارثه، وللشيخ بعد ذكره مسائل من المجموعة وغيرها.

قال ابن القاسم: في معادن الزرنيخ والكحل والنحاس والرصاص والجواهر أنها كمعادن الذهب والفضة السلطان يقطعها لمن يعمل فيها.

قال سَحنون: إنما كان السلطان يلي معادن الذهب والفضة لينظر في زكاتها ويحوطها، وكذا قال ابن نافع: فأما هذه الأشياء فليس فيها زكاة، ولو كان يلي هذا كان له أن ينظر فيما يخرج من البحر من العنبر واللؤلؤ.

قُلتُ: في عطفه اللؤلؤ على الرصاص نظر؛ لأن اللؤلؤ لا معدن له إلا أن يريد محله من البحر، ويبعد فيه الملك.

ابن الحاجب: وأما المعادن؛ فثالثها: إن كان ذهبًا أو فضة فإلى الإمام، وإن كان غيره فلصاحب الأرض أو لأهل الصلح؛ فقبل ابن عبد السلام فقوله، وقال ابن هارون بعد ذكره قولي ابن القاسم وسَحنون مع ابن نافع في معادن غير الذهب والفضة: لا أعلم هذا الخلاف الذي ذكره على هذا التفصيل، وإنما صوابه ما قدمناه.

قُلتُ: لا إشكال في وجود القولين في المعادن غير الذهب والفضة ولابن بشير: حكم المعدن بالأرض الغير مملوكة للإمام اتفاقًا، وإن كانت مملوكة لغيرمعين، فثالثها: إن كان معدن ذهب أو فضة كأرض العنوة، ففي كونه كالأول أو لمن فتح تلك الأرض قولان.

وإن كان بمملوكة لمالك معين، فثالثها: إن كان معدن ذهب أو فضة فللإمام، وإلا لمالك تلك الأرض، فنقل ابن الحاجب الثلاثة مطلقًا لا يصح ابن الحاجب لا ينظر الإمام فيما يخرج من البحر من عنبر ولؤلؤ.

قُلتُ: ما تقدم من احتجاج ابن نافع على عدم نظر الإمام في معادن غير الذهب والفضة بقوله: لو كان له ذلك لكان له النظر فيما يخرج من البحر من عنبر ولؤلؤ يقتضي

الاتفاق على عدم نظره فيهما.

ابن هارون: وروى أشهب ما لفظه البحر من أموال أهل الكفر لواجده يخمس منه الذهب والفضة لا غيرهما إلا أن يكون بقرب قرية لهم إلا أن يكون يسيرًا.

قُلتُ: عزاه الصقلي للموازية، واقتصار ابن هارون على نقله يوهم أنه المذهب أو مشهوره وليس كذلك؛ لأن في لقطتها ما نصه من أخذ متاعًا مما عطب بساحل البحر فهو لربه، وإن كان لأهل الشرك نظر فيه الإمام، ولم يكن لمن وجده والماء في آنية لربه يختص به، ويتعلق به حكم المواساة، وما بأرض مملوكة إن كان باستخراج منها كحفر أصله فالمعروف كما الآنية، ولم يحك الباجي، وغير واحد فيه خلافًا، وهو نصها في حريم البئر والتجارة بأرض الحرب.

وفي المقدمات حمل جماعة من أهل العلم قوله ﷺ: **«لا يمنع نقع بئر ولا رهو ماء»**[1] على عمومه.

فقالوا: لا يحل بيع الماء، ولا منعه بحال كان من بئر أو غدير أو عين كان في أرض متملكه أو غيرها إلا أنه في المتملكة أحق بقدر حاجته منه، وهو قول يحيى بن يحيى في العتبيَّة: أربع لا يمنعن الماء والنار والحطب والكلأ.

قُلتُ: الأظهر أن لا خلاف في أن رب الماء المستخرج بحفر في أرضه أحق به كالماء في الآنية، وهو ظاهر قول عياض في الإكمال، ونقل الباجي واللخمي وإياهم.

تبع ابن شاس وابن الحاجب، وأخذ ابن رُشْد خلافه من قول يحيى المتقدم واتباعه.

ابن عبد السلام وابن هارون: يرد باحتمال حمله على الماء في الأرض المملوكة بنزول مطر أو تفجر فيها دون تسبب فيه بحفر ونحوه، ولذا قرنه بالنار والحطب والكلأ، وهو معنى قول اللخمي، وأما الماء في الأرض المملوكة فهو عند أشهب

---

(1) أخرجه ابن زنجويه في الأموال: رقم (855) كتاب أحكام الأرضين وإقطاعها وإحيائها باب حمى الأرض ذات الكلأ والماء.

كالكلأ لا يمنع فضله، ونحوه قول الباجي.

أشهب: لا يبيح بيع الكلأ بحال، وإن كان بأرضه وحماه كالماء الذي يخرجه الله على وجه الأرض وعلى المعروف.

قال ابن رُشْد: يستحب له أن لا يمنع الشرب من العين والغدير تكون في أرضه لأحد من الناس، ولا يقضى عليه بذلك، وله في واجب الحكم منعه.

قُلتُ: انظر قوله هذا، وله في واجب الحكم منعه مع ظاهر قولها في التجارة بأرض الحرب من في أرضه بركة أو غديرة لا يمنع من شرب منها ولا صيد ما فيها، فإن وجبت في فضله مواساة لزمت فيها من حفر بأرضه بئرًا فله منع المارة ماءها إلا بثمن، إلا قومًا لا ثمن معهم، وإن تركوا إلى أن يردوا ماء غيره يهلكوا فلا يمنعوا، ولهم جهاد من منعهم، فإن لم يقو المسافرون على دفعهم حتى ماتوا عطاشًا فدياتهم على عواقل المانعين، والكفارة عن كل نفس منهم على كل واحد منهم من أهل الماء مع وجيع الأدب.

الصقلي: واجب على من خاف على مسلم موته إحياؤه بما قدر عليه، فإن كان الماء يجوز بيعه وجب عليهم بيعه للمسافرين بما يسوى، ولا يشتطوا في ثمنه، وأوجب عليهم الثمن إن كان معهم.

وقال فيمن انهارت بئره، وخاف على زرعه أن له السقي بماء جاره الجائز بيعه دون ثمن، وإحياء النفس آكد، والأولى فيهما الثمن كموت جمله بالصحراء واجب على أهل الرفقة أن يكروا منه، وإن لم يكن مع المسافرين ثمن لم يتبعوا بثمنه، ولو كان لهم أموال ببلدهم؛ لأنهم اليوم أبناء سبيل يجوز لهم أخذ الزكاة.

وقال بعض الفقهاء القرويين: إنما لزمت الديات عواقل المانعين؛ لأنهم لم يقصدوا قتل المسافرين بل تأولوا أن لهم منعهم؛ لأنه أمر يخفى على الناس، ولو علموا أنه لا يحل لهم منعهم وموتهم عطشًا إن منعوا أمكن أن يقتلوا بهم، وإن لم يلوا القتل بأيديهم.

واختلف فيمن تعمد الزور بشهادة حتى قتل المشهود عليه بها قيل يقتل، وفي المدَوَّنة لا يقتل.

وقال اللخمي: في فضل ماء بئر الماشية والزرع إن خيف على المسافرين إن صرفوا لغيره فلهم أخذه بثمن إن كان شأنهم البيع، ومع المسافرين الثمن، وإلا أتبعوا به إن كانوا أملياء ببلدهم، وإن كانوا فقراء، ففي اتباعهم به قولان قياسًا على من وجبت مواساته لفقره، وإن لم يقدروا على أخذ الماء إلا بقتال أربابه، ففي إجازته وكراهته قولا ابن القاسم وأشهب فيمن قتل من المسافرين القصاص إلا أن يظن قاتله أن له منعه، وإن ماتوا عطشًا، وعلم المانعون مبلغه منهم، وأنهم لا يجوز منعهم، ففي لزوم القصاص والدية في أموالهم قولان من شاهدي الزور بزنا محصن.

وفيها: إن حرث جارك على غير أصل ماء فلك منع سقيه بفضل مائك إلا بثمن إن شئت، ولو حرث ولأرضه بئر فانهارت فخاف على زرعه قضي له عليك بفضل ماء بئرك بغير ثمن، وإن لم يكن في مائك فضل فلا شيء عليك.

في المقدمات في كون القضاء بثمن روايتان، وفي البيان في سماع عيسى لابن رُشْد: يقضى له به إلى أن يصلح بئره، وفي كونه بثمن قولان في المدَوَّنة، ومعنى ذلك عندي إن كان يجد له ثمنًا عند سواه، وإلا فلا ثمن له قولًا واحدًا، وقيل: أن ذلك ليس باختلاف، ومعنى القول بالقضاء إن وجد له ثمن عند سواه، والقول بسقوطه إن لم يوجد.

والأظهر: أنه اختلاف قول كما ذكرناه، وهو بناء على اختلافهم في قوله ﷺ: **«لا يمنع نقع بئر، ولا رهو ماء»** فمن حمله على هذا الموضع أسقط الثمن، ومن حمله على البئر بين الشريكين يسقي أحدهما بمائه يومه، فيروي أحدهما حائطه في بعض يومه ويستغني عن الماء بقية يومه أن ليس له منع شريكه بقية يومه.

قال: يقضى له بالثمن.

قُلتُ: عزا هذا القول الباجي لابن حبيب عن رواية مُطَرِّف الباجي: والسقي لغير الشريك بشروط أربعة الأول أن يكون زرع أو غرس على أصل ماء فتعذر، ولو أو زرع أو غرس على غير أصل ماء لم يكن له ذلك، قاله ابن الماجِشُون، وابن عبد الحَكم، و أَصْبَغ، وابن القاسم، وأشهب ورووه.

الثاني: خوفه على زرعه أو نخله من عدم الماء، فإن لم يكن يخف لم يكن له شيء في فضل ماء جاره رواه أشهب.

الثالث: كون ماء جاره فاضلًا عن حاجته مستغنى عنه، فإن لم يفضل عنه فلا شيء لجاره رواه ابن القاسم وابن وَهْب وابن نافع وأشهب.

الرابع: أن يشرع من انهارت بئره أو غارت عينه في إصلاحها على المعروف والإمكان، فإن لم يفعل واعتمد على السقي بفضل ماء جاره، فروى أشهب ليس له أن يسقيها إن كانت وديا حتى تبلغ، وإنما ينظر في هذا إلى قدر ما ينزل.

وقال مُطَرِّف: يسقى بذلك إلى أن يبني بئره، وقاله مالك.

قُلتُ: وعلى الأول في القصالة بقدر مدة مؤنة الإخراج إن كانت فيه فائدة نظر وبحث.

قال: وفي القضاء به على جاره بذلك، وأمره به دون قضاء رواية أَصْبَغ عن ابن القاسم عن مالك، وقول عيسى في المدنيه مع روايته عن ابن نافع، وعليه قال عيسى في المدنيَّة: إن باعه كان جاره الذي انقطع ماؤه أولى به بالثمن.

قُلتُ: وسمع عيسى ابن القاسم من كتاب السداد من غرس بماء قوم قريب من أرضه فنبت به شجره، وهم لايعلمون فأرادوا حبس مائهم؛ فقال: لهم تركتموني حتى غرست ليس لهم حبس ماء فضل عنهم إلى أجل يحتفر فيه بئرًا أو عينًا، وما لا فضل فيه عنهم هو أولى به، ولو لم يعلموا بذلك، فإن لم يكن لهم في فضل مائهم منفعة فهو أولى به، وإن كان لهم فيه منفعة فهم أحق به، ولا قول لهم فيه، وإن باعوه إلا أن يبيعوه منه.

قال عيسى: أرى أهل الغرس أولى بالماء، بالثمن الذي يبيعه به أهله.

ابن رُشْد: قوله غرس بمائهم؛ يريد: بفضل مائهم، وقوله أرادوا حبس مائهم معناه: حبس فضل مائهم إذ لا خلاف في أن الرجل أحق بجميع مائه إن لم يكن فيه فضل عن حاجته، وما فضل عنه إن لم يكن لغيره إليه حاجة إلا ما يريده من ابتداء الانتفاع به منزرع يزرعه أو نخل يغرسها عليه فلربه منعه إلا بثمن بواجبه عليه وجد فيه ثمنًا عند غيره أو لم يجد، وإن كان لغير حاجة إليه لسقي نخل كان غرسها عليه

فنبتت به، فإن كان يعلم صاحب الماء فهو أحق به دون ثمن إلا أن يستخرج ماء وجد ربه به ثمنًا عند سواه أو لم يجد، وإن لم يكن يعلمه كان أحق به دون ثمن إلى أن يستخرج ماء إن لم يجد ربه فيه ثمنًا عند سواه، وإن وجده عند سواه كان أحق بفضل مائه ببيعه ممن شاء، وما لم ينفذ فيه البيع فهو أحق به بالثمن الذي يعطي فيه غيره على ما قاله عيسى هذا معنى قوله عندي لا أنه يكون له أخذه بعد نفوذ بيعه كالشفعة.

قُلتُ: ما حمل عليه قول عيسى خلاف ما تقدم للباجي عن عيسى باعتبار متعلقه وحقيقته متعلقه عند الباجي من انهارت بئره، ومتعلقه عند ابن رُشْد من غرس على ماء غيره، وحقيقته عند الباجي: أنه أحق كالشفيع، وعند ابن رُشْد: أنه أحق قبل نفود البيع لا بعده،وليس كالشفيع.

المتيطي: قال ابن حبيب: سألت أَصْبَغ عن عين بجنان رجل، وهي في سفح جبل ولرجل تحته دار أو جنان؛ فأسال ساقية العين إلى داره أو جنانه يسقى بها زمانًا هل لرب العين قطعها عنه بلا حاجة إليها؟

قال: ذلك له، ولو غرس الثاني عليها غرسًا ما لم يأذن له في ذلك، وليس علمه بذلك إذنًا له بعد حلفه ما سكت إذنًا له في ذلك، وقاله ابن القاسم وابن نافع: وله قطع مائه عنه ما لم يكن في الشجر ثمر يخاف هلاكه، فيترك له الماء إلى جداده، وفي الزرع إلى حصاده.

قال فضل: ورواه أَصْبَغ عن ابن القاسم، وروي عنه في سماعه ليس له قطعه إن رآه يغرس عليه، وقاله ابن كنانة وسمع محمد بن خالد: من غرس على فضل ماء رجل بعطية منه فيطعم الغرس، فيريد رب الماء قطعه عنه ليس له ذلك إلا أن يحتاج إليه.

ابن رُشْد: القياس أن لا يكون له قطع فضلته عنه، وإن احتاج إليها؛ لأنه أعطاه إياها، ومعنى ذلك عندي إن لم يصرح له بعطية الفضلة إنما قال له اغرس على فضل مائي أو خذ فضل مائي أو اغرس عليه فمن حقه أن يقول إنما أردت أخذه على وجه العارية إلى أن أحتاج إليها أو طول ما استغنى عنه؛ فيحلف على ذلك، ويأخذه إن

احتاج إليه، ولو صرح بالعطية أو الهبة، فقال وهبتك فضل مائي أو أعطيتك إياه لم يكن له أخذه منه، ولو احتاج إليه، ولو صرح بالعارية كان له أخذه إن انقضت مدة عاريته أو ما يعار إليه إن لم يضرب لها أجلًا.

وقد قال ابن أبي زيد قوله: يعطيته؛ يريد: العارية لا التمليك والعارية في هذا على التأبيد إلا أن يحتاج إليه إلا أن هؤلاء اتفقوا وغرسوا، وهو يعلم،ولا ماء لهم غيرهم فهذا كأنه تسليم، والله أعلم.

قاله ابن أبي زيد، وقال: أعرف نحوه لسَحنون، والماء غير مستخرج، ولا مستنبت في جريه.

روى مالك فيه عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أنه بلغه أن رسول الله ﷺ قال: **«في سيل مهزور ومزيليب يمسك حتى الكعبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل»**[1].

أبو عمر: هما واديان بالمدينة مستويان يسيلان بالمطر يتنافس أهل المدينة في سيلهما، وروى عبد الرزاق عن أبي حازم القرطبي عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قضى في سيل مهزور أن يحبس في كل حائط حتى يبلغ الكعبين، ثم يرسل وغيره من السيول كذلك، وصححه عبد الحق بسكوته عنه.

وقال ابن القطان: ما من رواته الذين أبرز من يعرف له، وله طريق أحسن من ذلك، وروى مسلم عن عبد الله بن الزبير أن رجلًا خاصم الزبير في شراج الجره التي يسقون بها النخل، فقال الأنصاري: سرح الماء يمر فأبى عليه فاختصموا عند رسول الله ﷺ، فقال رسول الله ﷺ للزبير: اسق يا زبير، ثم أرسل الماء إلى جارك، فغضب الأنصاري، فقال يا رسول الله: أن كان ابن عمتك؟ فتلوَّن وجه رسول الله ﷺ، ثم

(1) أخرجه مالك في الموطأ: 2/ 744 في الأقضية، باب القضاء في المياه، بلاغاً، وقد وصله أبو داود: رقم (3638) في الأقضية، باب أبواب من القضاء، وابن ماجه: رقم (2481) في الرهون، باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء.

قال: يا زبير اسق، ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر، فقال الزبير: والله إني لأحسب.

هذه الآية نزلت في ذلك ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴾ [النساء: 65][1].

فقال غير واحد: واللفظ للمقدمات: حكم كل ماء غير متملك يجري على قوم إلى قوم أن من دخل أرضه أولًا أحق به حتى يبلغ في أرضه الكعبين، ثم في وجوب إرساله جميعه إلى الأسفل منه وقصر وجوب إرساله على ما زاد على الكعبين قولا ابن القاسم والأخوين مع ابن وَهْب.

ابن رُشْد: وهو أظهر، وروى زياد أن معنى الحديث أن يجري الأقرب إلى الماء منه في ساقيته إلى حائطه بقدر ما يكون الماء في الساقية إلى حد كعبيه حتى يروي حائطه، ثم يفعل الذي يليه كذلك ما بقي من الماء شيء، ويحتمل أن يكون معنى هذه الرواية إن كان ماء الوادي كثيرًا فوق ما يتأتى به السقي لواحد فلا تكون مخالفة لما تقدم.

والأظهر: أنه اختلاف قول، وزدنا هذا بيانًا في سماع عيسى من كتاب السداد.

قُلتُ: لم يذكر فيه زيادة على هذا بوجه بل نقض منه قوله.

والأظهر: أنه اختلاف قول الباجي اختلف أصحابنا في قوله ﷺ: "حتى الكعبين"، فلابن حبيب عن ابن وَهْب والأخوين: أنه إذا بلغ الماء في الحائط الأعلى إلى الكعبين أغلق مدخل الماء، ولعيسى في المدنيَّة عن ابن وَهْب: يسقي الأول حتى يروي حائطه، ويمسك بعد ريه ما كان من الكعبين إلى أسفل، ثم يرسل.

وروى زياد: يجرى الأول من الماء في ساقيته إلى حائطه قدر ما يكون الماء في الساقية إلى الكعبين حتى يروي حائطه، أو يفنى الماء، فإذا روى أرسله كله.

قال ابن مزين: هذا أحسن.

---

(1) أخرجه البخاري: 5/ 26 - 29 في الشرب، باب سكر الأنهار، ومسلم: رقم (2357) في الفضائل، باب وجوب اتباعه ﷺ.

وقال ابن كنانة: بلغنا أنه إذا سقى بالسيل الزرع أمسك حتى يبلغ الماء شراك النعل، وإن سقى المخل والشجر، وما له أصل فحتى يبلغ الكعبين، وأحب إلينا أنه في الزرع كذلك.

وللباجي واللخمي واللفظ للخمي: قال ابن سَحنون: إن كانت السيول من ماء المطر تأتي من الأرض المملوكة فلكل واحد أن يمسك ماءه في أرضه وإن كثر، ولا يرسله إلى من تحته إلا أن يتطوع، فإن أرسله كان للمرسل إليه حبسه كالأول، وجعل المعنى في مهزور ومزينبب أن يكون يجري بين البساتين فيردوا إلى حوائطهم بخلاف أن يدخل إليهم من غير رد.

قُلتُ: وعزاه الباجي لسَحنون لا لابنه.

اللخمي: وفي المجموعة في قوم لهم سرج له واد إن أتت السيول يسقى مرجهم، وانصرف عنه ليس سد مصرفه عن مرج الآخرين إن انصرف عنهم قبل أن يدخل إلى أرضهم، وإن دخل إليهم كانوا أحق به، ولا يصرف عن قوم ما صرفه الله إليهم، ولا ينقلوه من مكان بعيد فيصرفوه إليهم دون من هو أقرب إليه منهم.

قُلتُ: ففي كون الماء الداخل بنفسه من أرض لأرض رجل أحق به، ولو كثر لا يجب عليه إرسال شيء منه، ووجوب إرسال جميعه بعد بلوغه الكعبين أو ما زاد عليهما، رابعها: هذا في الشجر وفي الزرع حتى يبلغ شراك النعل، وخامسها:ما زاد على الكعبين بعد الري لا قبله، وسادسها: يرسل ما زاد على الري مطلقًا

اللخمي: عن ابن سَحنون، وابن رُشْد عن ابن القاسم وعن الأخوين مع ابن وَهْب والباجي مع اللخمي عن ابن كنانة عن عيسى في المدنيَّة، وله عن رواية زياد قال سَحنون: فإن كان بعض الحائط أعلى من بعض أمر ربه أن يعدل أرضه، ولا يحبس على كل أرضه إلى الكعبين.

الباجي: إن تعذرت عليه التسوية سقى كل مكان مستو على حدة.

قال: وتقديم الأعلى فالأعلى إنما هو إن كان إحياؤهم معًا أو إحياء الأعلى قبل، قاله مالك وأصحابه.

قال ابن نافع: وهذا حكم النيل، فإن أحيا رجل بماء سيل، ثم أحيا فوقه غيره، وإن أراد أن ينفرد بالماء، ويسقي قبل الأسفل الذي أحيا قبله، وذلك يبطل عمل الثاني، ويتلف زرعه، فقال سَحنون: القديم أولى بالماء، ولابن سَحنون عنه أن الجنان متقابلين في ماء حكمه أن يكون للأعلى فالأعلى قسم الماء بينهما، وإن كان الأسفل مقابلًا لبعض الأعلى حكم لما كان أعلى بحكم الأعلى، ولما كان متقابلًا بحكم المتقابلين.

وسمع يحيى ابن القاسم: من له رحى قديمة ليس لغيره أن يحدث فوقها أو تحتها رحى إن غير القديمة عن حالها في بعض طحن أو يكثر بذلك مؤنة عملها أو يضر بصاحبها ضررًا يتبين عند أهل المعرفة بالأرحى.

ابن رُشْد: هذا مشهور المذهب، ومثله لابن حبيب عن ابن الماجِشُون، وحكي عن أَصْبَغ أنه لا يمنع إلا أن يبطل عليه بذلك عليه رحاه أو يمنعه جل منفعته.

قال: لأن حوزها مع الأنهار، وليس بحق ثابت كحق ذي الخطة إذا بنى عليه في قناة ما يضر به إنما هو كالموات واحتج بقوله ﷺ: «**يمسك الأعلى حتى يبلغ الكعبين ثم يرسل على الأسفل**» ألا ترى لو أراد رجل أن ينشىء في حقه حائطًا فوق حائط صاحبه لم يكن لصاحب الأسفل حجة بقوله: لا تنشئ في حقك حائطًا فوق حائطي؛ لأنك تستأثر بالماء علي حتى تسقي به حائطك، ولا يلزم ابن القاسم ما احتج به أَصْبَغ من الحديث؛ لأنه يخالفه في تأويله، ومعناه عنده إذا أنشأ الأعلى حائطه قبل الأسفل إن أنشآ معًا، وإن أنشأ الأسفل قبل الأعلى لم يمد عنده الأعلى بالسقي عليه إلا أن يكون فيما يفضل عنه ما يكفي الأسفل، وذلك ظاهر قوله في أول سماع أَصْبَغ بعد هذا.

قُلتُ: بل هو نص فيه.

قال ابن رُشْد: فيه وهو أظهر من قول أَصْبَغ ماء ذلك الوادي يسقي به غرسه فجاء رجل يغرس في ذلك الوادي قال: ليس له أن يحدث على الأول ما يقطع ماءه إلا أن يكون فيه ما يكفيهما معًا.

قال أَصْبَغ: وذلك إذا انفرد الأول بالإحياء والغرس والانتفاع بالماء.

ابن رُشْد: قول أَصْبَغ مبين لقول ابن القاسم أن الثاني إنما يمنع إذا كان غرس

الأول قد انتفع بالماء ونبت به وحى من أجله، ول أَصْبَغ في الواضحة خلاف قول ابن القاسم،هذا وقول ابن القاسم أظهر؛ لأن في إحداث الثاني فوق الأول ما يقطع عنه الماء ضررًا به، وقد نهى ﷺ عن الضرر والضرار فوجب أن يخص بنهيه هذا عموم قوله ﷺ يمسك الأعلى حتى يبلغ الكعبين.

قُلتُ: في جعل ابن رُشْد قول أَصْبَغ، وذلك إذا انفرد الأول إلى آخره تفسيرًا لقول ابن القاسم نظر،بل ظاهر قول ابن القاسم الإطلاق، وهو مقتضى ما تقدم من نقل الباجي فتأمله.

وفي أجوبة ابن رُشْد: إن أنشاء قوم جنان على ما سبقهم إليه ذو رحى بإنشائها قبل إنشائهم قدموا في السقي على أصحاب الرحى، فإذا استغنوا عن السقى ضربو الماء لأرباب الأرحى لقضائه ﷺ أن يمسك الماء الأعلى للكعبين، ثم يرسله للأسفل فلم يخص الأعلى بقوله بكل الماء دون الأسفل فكذا أصحاب الأرحى لا يختصوا بجميع الماء لأرحائهم.

قال ابن الحاجب: فإن حدث إحياء الأعلى فالأقدم أحق؛ فتعقبه ابن عبد السلام بتركه ما قيده به سَحنون من خوف هلاك زرع الأول حسبما تقدم لسَحنون.

قُلتُ: يرد التعقيب باحتمال كون ابن الحاجب اتبع ظاهر قول ابن القاسم في سماع أَصْبَغ المتقدم، ففي شرط تقدم الأسفل على الأعلى بمجرد تقدم إحيائه على الأعلى أو مع خوف هلاك زرعه، ثالثها: مع انفراده بالانتفاع بالماء لنقل ابن الحاجب مع ظاهر سماع أَصْبَغ ابن القاسم، وقول سَحنون وتفسير أَصْبَغ قول ابن القاسم.

وسئل ابن رُشْد عن قوم ابتاعوا ملكًا من بائع واحد صفقة واحدة، وهو على نهر فاقتسموا الملك فصار بعضهم فوق بعض، وفي حظ كل منهم ثمر وأرحى ونضب بعض ماء النهر، وليس يفوت الكل أيقسمون الماء على حصصهم إذ رب الملك واحد أم لا يبدأ الأعلى فالأعلى فأجاب يبدأ الأعلى إن لم يقسموا على أن السقي على الحصص.

قال ابن الحاجب. فإن كان مسيله من مملوكه فله حبسه متى شاء، وإرساله، ومثله لابن شاس،وتقدم عزوه الباجي لسَحنون، وفيه؛ لأنه صار أحق بدخوله في أرضه.

قُلتُ: وهذه العلة موجودة فيما كان مسيله من غير مملوكة.

والأظهر: أنه خلاف المشهور حسبما تقدم في تحصيل الخلاف، وهو ظاهر قول اللخمي، وجعل ابن سَحنون الجواب في السيل يدخل أرض رجل مثل ذلك إذا كان يصل من أرض قوم آخرين.

الباجي: ما مسيله بأرض قوم معينين كقوم أخرجوا ماء من بئر حملوه في أرضهم أو أرض مبورة ملكوها بسبق ساقية فيها هم أحق بمائهم لا يقدم الاعلى على الأسفل يقسمونه كما يقسم مايملك أصله من العيون والآبار.

قال سَحنون: يقتسمونه على قدر ملكهم بالقلد لا يقدم أحد على أحد يصنع كل منهم بمائه ما شاء.

قال ابن القاسم وأشهب: في أرض مقسومه بين قوم، ولهم شرب أراد أحدهم صرف مائه لأرض له أخرى، فذلك له، وإن عطل حصته من هذه.

الشَّيخ: لأن له بيعه فكذا يصرفه حيث شاء ما لم يمر به في حصة غيره، وإن كانت الأرض مشاعة بينهم لم يكن لأحدهم صرف حصته من ذلك الماء؛ لأنه يضر بحصتهم منها، والقلد ضبطه عياض في كتاب الشفعة بكسر القاف وسكون اللام قال غير واحد: هي القدر التي يقسم بها الماء، وهو أكثر المراد هنا، وكذا جاء مفسرًا في بعض نسخ الكتاب.

وقال ابن دريد: هو الحظ من الماء، وقال ابن قتيبة: هو سقي الزرع وقت حاجته.

قُلتُ: هو في استعمال الفقهاء عبارة عن الآلة التي يتوصل بها للإعطاء لكل ذي حظ من الماء قدر حظه من غير نقص ولا زيادة، وللمتقدمين، والمتأخرين في حقيقته أقوال، وتعقبات باختلاف جري الماء الذي القسم بمدته لقلته وكثرته وسرعة حركته بالليل وبطئها بالنهار حسبما ذكره عياض وغيره.

والتحقيق عندي أن فيه إن كان الماء غير متنافس فيه جدًّا فالتقارب فيه كاف بأحد الوجوه المذكورة فيه، وإن عز ثمنه ابتغى تحقيقه، وأقرب ما يحقق به إن يقسم ماء الليل وحده وماء النهار وحده بالساعات الرملية المحققه، ولما نقل ابن عبد السلام قولهم أن

من وقع منهم نصيبه في الليل حصل له أكثر ممن وقع نصيبه فى النهار ولا بد من ذلك.

قال بعضهم: ولا يمنع ذلك من القسمة كما لا يمنع من قسمة الدار الواحدة مع أنه يعلم أن لبعضهم أفضل مما لبعض إذ قد يكون بعض بيوت الدار أحسن من بقيتها، وقال: وهذا لا يلزم؛ لأن من يأخذ أحسن البيوت إنما يأخذه بقيمته فهو بالضرورة يأخذ أقل في القدر من غيره، ولا كذلك من يأخذ نصيبه من الماء في الليل مع من يأخذ نصيبه في النهار.

قُلتُ: إنما عرف هذا الكلام الذي أشار إلى تعقبه لعياض؛ ولفظه إذا جعل قسم الليل على حدة، وقسم النهار على حدة سلم من الاعتراض؛ إلا أن يقول الضرورة دعت إلى هذا، وهو غاية المقدور كقسم الدار الواحدة، وبعضها جيد البناء، وبعضها واهٍ، والأرض الواحدة بعضها كريم، وبعضها دنيء مع اختلاف الأغراض في ذلك.

قُلتُ: تشبيه اغتفار اختلاف معنى الليل والنهار باعتبار اختلاف الأغراض في قسم الدار المذكورة لا يكون من بعض بيوت الدار أحسن ليتجه رده بأن القيمة اعتبر فيها الحسن فلا اغتفار فيه؛ بل شبهه باختلاف الأغراض، واختلاف الأغراض لا يرتفع بالقيمة بحال فتأمله.

عياض: وابتداء زمن الحظ من الماء من حين ابتداء جريه لأرض ذي الحظ، ولو بعدت إن كان أصل أراضيهم شركة، ثم قسمت بعد شركتهم في الماء؛ لأن على ذلك قومت الأرض حين قسمها، وإلا فمن حين وصوله لأرضه.

ابن الماجِشُون: لو قسموا الأرض وماؤها يكفي بعيدها فصار لا يكفيه لم ينقص قسمهم الأرض بل قسم الماء فيقسم بحيث يستوي فيه القريب والبعيد فيكون حظ البعيد أكثر.

عياض: وعليه لا يقسم الماء، ولا جميع ما يخرج من القلد، حتى يصل الماء للبعيد بإعلام أمينه ذلك بصوت، وفي التجارة بأرض الحرب ما حفر في الفيافي والطرق من المواجل، كمواجل طريق المغرب، كره مالك بيع مائها، ولم يره حرامًا بينًا، وهي مثل آبار الماشية في المهامة، وكره بيع أصل بئر الماشية أو مائها أو فضلها، حفرت في

جاهلية أو إسلام قربت من العمران أو بعدت وأهلها أحق بمائها حتى يرووا، وما فضل بين الناس بالسواء إلا من شربهم لسقيهم ودوابهم فلا يمنعون؛ ولما ذكر الباجي قولها في المواجل قال: وروى ابن نافع في حباب البادية التي للماشية نحوه قيل له: فالجباب التي تجعل لماء السماء؛ قال: بعد ذلك أبعد.

وقال المغيرة: له منع ذلك، وليس كالبئر، وروى ابن القاسم في المجموعة: لا تورث بئر الماشية ولا توهب، ولا تباع، وإن احتاج؛ يريد: لا تورث على معنى الملك، ولا حظ فيها لزوجة، ولا زوج إن لم يكن من ذلك البطن. قاله ابن الماجِشُون.

ابن حبيب: قال جميع أصحابنا ورووا: حافرها أو ورثته أحق بحاجتهم من مائها.

وقال ابن الماجِشُون: لا إرث في بئر الماشية بمعنى الملك، ومن استغنى منهم عن حظه فليس له أن يعطيه أحدًا، وسائر أهل البئر أولى منه، وممن غاب.

وسئل أشهب عن الوصية، فقال: قال مالك: لا تباع، ولا تورث بمعنى لا تنفذ فيها الوصية، وظاهر المدَوَّنة: أن المنع من بيعها على الكراهة، وقال في الجعل والإجارة: لا أرى بيعها حرامًا، وظاهر المجموعة خلاف ذلك لقول مالك فيها: لا يجوز بيع بئر الماشية، وهو قول القاضي، وعلله أشهب بأن ما يشتريه مجهول؛ لأنه إنما اشترى من مائها ما يرويه، وهو مجهول، ولو كان كذلك لجاز أن تورث وتوهب؛ لأن الجهالة لا تمنع ذلك، وقاله ابن القاسم: لا تباع؛ لأن للناس فيها منافع.

الباجي: وعندي أن الكراهة إذا حفر على معنى الانفراد به، وإن حكم بحكم الإباحة لفضله وجب حمله على التحريم وحكم التبدية فيه.

قال ابن الماجِشُون: إن كانت لهم سنة من تقديم ذي المال الكثير أو قوم على قوم أو كبير على صغير حملوا عليها وإلا استهموا.

وروى ابن وَهْب: لا يمنع ابن السبيل من ماء بئر الماشية، وكان يكتب على من احتفر أن أول من يشرب منها أبناء السبيل.

قال ابن القاسم: لا يمنع من مائها ابن السبيل بعد ري أهلها، فإن منعوه بعده لم

يكن عليهم دية جراحهم؛ لحديث: «**لا يمنع نقع بئر**»[1]، ولو منعوا المسافرين حتى ماتوا عطشًا فدياتهم على عواقل المانعين، وعلى كل رجل كفارة عن كل نفس مع وجيع الأدب.

ولأشهب في المجموعة: لابن السبيل أن يشرب ويسقي دوابه من فضل الآبار والمواجل إلا أن يكون فضل، واضطرت دوابهم إليه، ومسافة ماء آخر بعيدة؛ فيكون ذلك أسوة بينهم إلا أن لا يكون لأهل تلك المياه غوث أقرب من غوث السفر، فيكون السفر أولى به في أنفسهم ودوابهم.

وكتب عمر بن عبد العزيز في الآبار بين مكة والمدينة: ابن السبيل أولى من شرب بها، وهو حسن لاضطراره إليه، ويتزود منه، وليس لأهل القرية مثل تلك الضرورة لقرب غوثهم وحمام بئرهم.

وسمع القرينان: لا تباع مياه المواشي إنما يشرب بها، ويشرب بها أبناء السبيل، ولا تمنع من أحد، ولا يصلح فيها عطاء.

ابن رُشْد: مياه المواشي: هي الآبار والمواجر والجياب يضعها الرجل في البوادي للماشية هو أحق بما يحتاج للماشية، ويدع الفضل للناس، وليس مراده في السماع تساوي أهل الماء وغيرهم فيه إنما يريد أنه يشرب أهلها، ثم يشرب ابن السبيل.

قالوا: وفي لفظه للترتيب لا للتشريك، فإن تشاح أهل البئر في التبدية بذي الأقرب فالأقرب إلى حافرها.

قلّت: ماشيتُه أو كثرت، فإن استووا في القرب استهموا.

وفي المقدمات: إثر قول ابن الماجِشُون استهموا قال: هذا عندي إن استوى فعددهم من حافرها، وإلا قدم الأقرب فالأقرب.

وقال اللخمي: إثر قول ابن الماجِشُون استهموا أرى أن يقسم بينهم، فإن كانت غنم أحدهما مائة وغنم الآخر مائتان والماء إنما يكفي مائة قسم بينهما أنصافًا،

---

(1) أخرجه مالك: رقم (1428) كتاب الأقضية باب القضاء في المياه.

وكذا في الزرع.

قال: وإن كان كفاية لمائتي شاة، أو لجميع زرع أحدهما، ونصف الآخر اقتسماه أثلاثًا.

قُلتُ: يريد: أن غنم أحدهما ضعف غنم الآخر، والماء يكفي غنم أكثرهما فقط كذي مائتين مع ذي مائة، والماء يكفي مائتين فقط، ولا يتوهم قسمه بينهما أرباعًا على قاعدة اعتبار التسليم في التداعي بتسليم ذي المائة نصف الماء؛ لأن ذلك إنما كان في التداعي لدعوى أحدهما تحقيق ملكه كل المدعى فيه، واستحالته هنا بل هذه كمن أوصى لولد أخيه بعشرة، ولكل من ولدي أخيه الآخر بعشرة عشرة، ولم يترك إلا ما ثلثه عشرون، فهي بينهم أثلاثًا اتفاقًا لا أرباعًا.

قال ابن رُشْد في البيان: إن اجتمع أهل الماء والمارة والماء يكفيهم بدئ أنفس أهل الماء، ثم أنفس المارة، ثم دوابهما، كذلك، ثم مواشي أهل الماء، ثم مواشي الناس، وبدأ أشهب دواب المسافرين قبل دواب أهل الماء، وإن لم يكف جميعهم وتبدئة أحدهم بجهد الآخرين بدئ من الجهد عليه أكثر بتبدئة صاحبه، فإن استووا في الجهد، فقيل: يتواسون في ذلك، وقيل: يبدأ أهل الماء لأنفسهم، ودوابهم، وعزا في المقدمات الأول لأشهب، والثاني لابن لبابة قال: ولو خيف على البعض بتبدئة البعض أخذ أهل الماء؛ لأنفسهم قدر ما يذهب الخوف عنهم، فإن فضل فضل أخذ أهل الماء لدوابهم بقدر ما يذهب الخوف عنهم، فإن فضل فضل أخذ المسافرون لدوابهم بقدر ما يذهب الخوف عنهم، ولا خلاف في هذا الوجه والبئر والماجل والجب عند مالك سواء.

وقال المغيرة: لرب الماشية منع فضل صاحب الماشية.

قال في المقدمات: لأن نفقة الجب كثيرة، وليس بمعنى كالبئر إذا ترف منه شيء عاد مثله فلا يحمل على أنه أراد الصدقة إلا ببيان، بخلاف البئر، ولو أشهد عند حفرها أنه يحفرها لنفسه لم يمنع من بيع مائها، واستحقها ملك بالإحياء، وقولها: أكره بيع ماء بئر الماشية، وقوله في المجموعة: لا يجوز ذلك قبل اختلاف قول والصحيح عوده لنهيه حفره للصدقة أو غيرها.

قُلتُ: وللخمي: إن لم يجعل فضل ماء بئر الماشية صدقة فاختلف فيه.

قال مالك مرة: له حبسه، وروى ابن حبيب: ليس له حبسه.

قُلتُ: فقولها يكره ثالث، وفي ردها للوفاق بعد، وقال ابن الحاجب: مال لبئر التى حفرت في الفيافي لا تباع وصاحبها أو ورثته أحق بكفايتهم.

قال ابن عبد السلام: قيل: إن ورثة حافرها لا يختصون بها كان لحافرها.

قُلتُ: لا أعرف هذا القول إلا ما تقدم لابن القاسم في المجموعة من قوله: لا تورث، وقيده الباجي بقوله: يريد على وجه الملك، وكذا نقله الصقلي، وغيره عن ابن الماجِشُون.

وفي النوادر: روى ابن وَهْب: أن النبي ﷺ قال: **«لا تقطع طريق، ولا يمنع فضل ماء»**، ولابن السبيل عارية الدلو والرشاء والحوض إن لم يكن له أداة تعينه، وتخلي بينه وبين الركية فيسقي[1].

قال ابن عبد السلام: ظاهر إطلاقات أهل المذهب وجوب عارية هذه الآلة للملى والفقير، ولعل هذا لأن مالكها لم يتخذها للكراء بل لتحصيل منفعتها فقط، وإلا فالأصل عدم خروج منفعة ملك الإنسان إلا بعوض.

قُلتُ: مقتضاه لو اتخذها مالكها للكراء لم تجب عليه عاريتها للمسافر، ومقتضى الرواية خلافه؛ لأن ظاهرها تعليل وجوب عاريتها باضطرار المسافر لها بمحل هو مظنة لعدم اتخاذ الآلة للكراء فلا ينتقض ذلك بنذور اتخاذه الآلة للكراء في ذلك المحل حسبما تقرر في التعليل بالمظنة.

الباجي: ما حفره الرجل في أرضه فهو على ملكه له بيعه حتى يتبين أنه للصدقة، وما حفره بغير أرضه لماشيته أو للشرب فقط، لا لإحياء زرع أو غرس، فالظاهر أنه حفرها ليكون فضلها عن حاجته للناس فلا تصرف عن معتادها هذا إلا بشرط، ولو أشهد أنه يريد بها التمليك فلم أر فيه نصًّا، وعندي أنه على شرطه كمن أحيا أرضًا، فإن

(1) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير: 7/ 260، رقم (7060).

كان بالبعد لم يعترض، وإن كان بالقرب نظر فيه الإمام.

قُلتُ: ما اختاره هو ما تقدم من نقل ابن رُشْد عن المذهب، وقواعد المذهب واضحة به.

فإن قلت: ظاهر لفظ التهذيب في التجارة بأرض الحرب خلاف هذا؛ لأن فيه ما نصه، وأما من حفرها في أرضه، فإن أراد بها الصدقة فهي كذا، وإن أراد أن ينتفع هو بها فله منعها وبيع مائها بخلاف ما حفر في الفيافي فلو كان ما قصد به الملك مما حفر في الفيافي ملكًا له لم يكن بخلافها.

قُلتُ: لفظ أبي سعيد هذا يجب تعقبه لإيهامه بما ذكر، ولفظ المدَوَّنة بخلافه، ونصه سمعت مالكًا يقول: لا تباع بئر الماشية، وإن حفرت من قرب؛ يريد بقوله: من قرب قرب المنازل، ولا تباع إن كان إنما حفرها للصدقة، فأما من احتفر لغير الصدقة إنما احتفرها لمنفعة في أرضه يبيع ماءها، ويسقي بها ماشيته فلا أرى ببيعها بأسًا، ولو منعته بيع هذه لمنعته أن يبيع بئره التي احتفرها في داره لنفسه.

قُلتُ: فتقسيمه احتفارها للصدقة، ولغير الصدقة كالنص فيما زعم الباجي أنه لم ير فيه نصًّا ونحوه نقل اللخمي: إن كانت بئر الماشية فيما لا يملك من الأرضين لم يكن له حبس الفضل.

قال ابن القاسم في المجموعة: هذا إن جعلها للصدقة؛ يريد أن له حبسها إن لم ينو به الصدقة كبئر الزرع؛ لأن حفر تلك البقعة إحياء لها، فإن لم ينو الصدقة كانت كغيرها من الأملاك، وكذا بئر الزرع له الفضل إلا أن ينوي به الصدقة.

قُلتُ: هو قولها في التجارة لأرض الحرب، ويجوز بيع فضل ماء بئر الزرع وعينه، وبيع رقابها وفي حريم البئر لا بأس ببيع بئر الزرع.

وفيها: الشفعة إن لم تقسم الأرض.

وقول اللخمي: صاحب بئر الماشية، والزرع والشفة أحق بمائها يروي ما شيته أو زرعه أو ما جعلها له، ويفترق الجواب في الفضلة، فإن جعلها صدقة أنفذت فيما جعلها فيه، وإن لم يجعله في وجه من الوجوه كان في حبسه عن من احتاج إليه لماشية أو

زرع قولان.

قال مالك مرة: له حبسه، وقال في الواضحة: ليس ذلك له.

قُلتُ: فظاهر أن في فضل بئر الزرع روايتان، والحيتان بالأنهار غير المملوكة لا يمنع صيدها من أراده، ومن سبق إليه أحق به.

عزاه الشَّيخ لابن حبيب، والأخوين، و أَصْبَغ، وابن القاسم وهو المذهب، وفي التجارة لأرض في الحرب منها: إن كان في أرضك غدير أو بحيرة أو بركة فيها سمك، لم يعجبني بيع سمكها، ولا منع من يصيده، ولا الشرب منها.

الباجي: في منعه من يصيد منها، ثالثها: إن كان طرح فيها ما توالدمنها ما فيها، وإلا فلا؛ إلا أن يضر به الصائد لسَحنون، وابن القاسم، وأشهب، وعزا اللخمي الأول للأخوين أيضًا، وأخذ به، وفي الدور والأرضين منها: للرجل يبيع مراعي أرضه وفدادينه؛ إن بلغ خصبها أن يرعى لا قبل ذلك ببيعه سنة لا أزيد.

وسمع ابن القاسم في كتاب السداد: أترى للرجل حبس عشب أرضه.

قال: نعم إن كان له بها حاجة، وإلا فلا.

ابن رُشْد: الكلأ بأرض غير مملوكة كالبراري الناس فيها سواء اتفاقًا ليس لأحد بيعه، فإن جاء رجلان لرعي كلأ موضع كانا فيه أسوة، فلو سبقه أحدهما فنزله، وجعل يرعى ما حوله أو حفر به بئرًا، ففي كونه أحق بقدر حاجته منها، ثالثها: إن حفر به بئرًا لأشهب، وقول ابن القاسم مع روايته في حريم البئر منها، والمغيرة: ومعني قول أشهب إن قصد ذلك الموضع من بعد لا إن مر به فنزله، وقد تأول قوله أنه ليس معناه أنه بمجرد سقيه لنزوله أحق بل معناه أن رعيه إحياء، فيكون أحق بما يحدث في ذلك الموضع من كلأ مرة أخرى بقدر حاجته، وأعدلها الثالث؛ لأنه لا يقدر على المقام على الماء إن لم يكن له بذلك الموضع مرعى فتذهب نفقته في البئر باطلًا، وكذا لو سبق بالنزول به وبنى به بناء وأنفق فيه نفقة لوجب كونه أحق بحاجته من كلأ ذلك الموضع والله أعلم، وما بالأرض المملوكة أقسام فالمحظرة بحيطان كالحوائط الجنات فربها أحق بما فيها من الكلأ له بيعه ومنعه ممن يريده لرعي أو احتشاش، وإن لم يحتج إليه ربه،

وأما العفاء والمسرح من أرض قريبة، فليس له بيع مائها من كلأ، ولا منع أحد من فضل حاجته اتفاقًا إلا من يضره بدابة أو ماشية في زرع في شيء يكون له حواليه بالمرور عليه، وأما الأرض التي بورها للرعي، وترك زراعتها لذلك، ففي منع غيره إن احتاج إليه أو وجد من يشتريه والأجير على تركه للناس أو إن احتاج إليه أو وجد من يشتريه والأجير على تركه للناس أو إن احتاج إليه فقط لا إن وجد من يشتريه قولا ابن القاسم مع ابن الماجِشُون وأشهب، وأما فحوض أرضه وفدادينه التي لم يبورها للرعي ففي شرط بيعه إياه بحاجته وجوازه مطلقًا قولا أشهب مع ابن القاسم وابن الماجِشُون فأشهب يمنع فيه كلأ مراعي أرضه بورها للكلأ أو لم يبورها له وابن الماجِشُون يجيزه فيهما، وابن القاسم يفرق في إجازة البيع له إذا استغنى عنه بين الأرض التي بورها للرعي وبين التي لم يبورها له ففي مجموع الطرفين ثلاثة أقوال، وقول مالك في حريم البئر منها: لا بأس أن يبيع الرجل كلأ أرضه إن احتاج إليها، وإلا فليخل بينها وبين الناس مع قوله فيه: لا بأس أن يبيع الرجل خصب أرضه ممن يرعاه ذلك العام لا عامين قيل: هما اختلاف أجاز بيعه مرة وقف أرضه للرعي أو لا لابن الماجِشُون ومرة منعه فيهما كأشهب، وقيل: وفاق فرق بين وقفها وعدمه كابن القاسم، وهو تأويل عيسى بن دينار.

قُلتُ: حمله اللخمي على الخلاف، وقال: إن ضاق الكلأ عن أهل القرية فلهم منع الطارئ منه؛ لأنهم إن تركوا أضر أهل الموضع الانتجاع لمواشيهم.

[كتاب الحُبُس]

الحُبُس: الوقف مصدرًا إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازمًا بقاؤه في ملك معطيه، ولو تقديرًا[1]، فتخرج عطية الذوات والعارية والعمرى والعبد المخدم حياته

(1) قال الرَّصاع: الحُبُس: الفقهاء بعضهم يعبر بالحُبُس، وبعضهم يعبر بالوقف والوقف عندهم أقوى في التحبيس، وهما في اللغة لفظان مترادفان يقال وقفته وأوقفته ويقال حبسته، والحُبُس يطلق على ما وقف، ويطلق على المصدر، وهو الإعطاء، وكذلك في العرف الشرعي؛ فذكر الشَّيخ: على عادته الحدين فقال في المعنى المصدري، وهو معنى قوله: (مصدرًا) وهو نصب على إسقاط الخافض (إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه، ولو تقديرًا).

قوله: (إعطاء) مناسب جنسية المعنى المصدري؛ لأنه من مقولته.

(فإن قلت): التمليك والإعطاء هل هما مترادفان.

(قُلتُ): ما وقع للشيخ في حد العطية في باب الهبة مع ما هنا يدل على الترادف؛ لأنه قال: العطية تمليك متمول بغير عوض إنشاء.

قال: فيدخلالحُبُس والهبة فهو يدل على ما ذكرناه.

قوله: (منفعة) أخرج به إعطاء ذات كالهبة.

قوله: (شيء) أطلق الشَّيخ في الشيء، ولم يقل منفعة مال أو متمول؛ لأن الشيء أعم لكنه رأى تخصيصه بها في كلامه من بقاء ملكه، وذلك يخص الشيء بالمتمول.

(فإن قلت): الشيء يطلق على الأرضين، والرباع والحيوان والطعام والعين أما الأرض، وما تعلق بها فلا شك في تعلقالحُبُس بها والحيوان جائز على خلاف فيه والطعام.

قالوا: لا يصح حبسه فهو باطل، ويصح بيعه، وأما العين فوقع في السماع كراهيةالحُبُس فيها.

قال: وإن وقع وفات كان ملكًا لآخر العقب إن كان معقبًا ،وإن لم يكن معقبًا رجع إليه بعد انقراض المحبس عليهم ويرجع ملكًا.

قال الشَّيخ: هذا يدل على أنه ليس بحبس؛ لأن من خاصيةالحُبُس عدم جواز بيعه، فإذا صح ما ذكرناه كان حده غير مانع لدخول ما ليس بحبس فيه، ولا يقال إنه للصحيح والفاسد؛ لأن خاصيةالحُبُس قد ذهبت.

(قُلتُ): لعله: يقول لما ذكر في حده مدة الوجود دل على أنالحُبُس لا بد من بقاء وجوده وحصول منفعته، ولا يصح ذلك فيما تذهب عينه كالطعام، والعين هذا يمكن فهمه عليه مع أن قوله لازما بقاؤه إلخ يخرج هذا أيضًا.

=

(فإن قلت): إذا اكترى أرضًا عشر سنين ليصيرها حبسًا في تلك المدة، فكيف يصدق عليها حد الشَّيخ.

(قُلتُ): هذه الصورة ذكروها في الحُبُس، وقالوا: لا يشترط أن يكون المحبس مالك الرقبة بل هو أعم كالمنفعة، وإلى ذلك أشار خليل بقوله: وإن بأجرة فيحتاج هنا إلى تأمل في دخولها - رحمه الله ونفع به- والله أعلم بقصده ﷺ.

قوله: (مدة وجوده) أخرج به العارية والعمرى والعبد المخدم حياته يموت قبل موت ربه كذا قال: وخروج العارية والعمرى ظاهر؛ لأن المنفعة ليست مدة وجود ذلك، وأما العبد المخدم مدة حياته يموت هو خارج أيضًا؛ لأن اللزوم في بقاء الملك يخرج ذلك، ولذا قال الشَّيخ بعدم لزوم بقائه في ملك معطيه لجواز البيع بالرضى فخاصيةالحُبُس عدم جواز بيعه مطلقًا تحقيقًا أو تقديرًا، ويمكن أن يكون معناه، ولو تقديرًا.

قوله: (ولو تقديرًا) حذفت منه كان؛ أي: ولو كان اللزوم تقديرًا، أو الملك تقديرًا فلزوم بقاء الملك من خاصية الحُبُس، وإن كان عدم اللزوم في الملك تقديرًا فليس من خاصية الحُبُس، وما حد به الشَّيخ ابن عبد السلام إعطاء منافع على سبيل التأبيد رده عليه الشَّيخ وأبطل طرده بصورة المخدم، ثم إن الشَّيخ قال: ولا يرد بأن جواز بيعه يمنع اندراجه تحت التأبيد؛ لأن التأبيد إنما هو في الإعطاء، وهو صادق على المخدم في لزوم بقائه في ملك معطيه هذا حده المصدري، وأما حده الاسمي فما أعطيت منفعته إلخ، وبيانه مما تقدم في المصدري، وكلام الشَّيخ صريح بأنالحُبُس على ملك المحبس، وبذلك صرح الباجي، وهو المأخوذ من كتاب الزكاة خلاف قول اللخمي؛ لأنه قا:لاالحُبُس يسقط الملك، وهو غلط.

(فإن قلت): كيف قالوا إنه غلط، وحيث ذكروا الملك وعرفوه ذكروا ما يشهد لقوله: فإنهم قالوا الملك استحقاق التصرف في الشيء بكل أمر جائز فعلًا أو حكمًا، والمحبس لا يستحق التصرف بل يمنع منه فتحبيسه مانع منه، وإذا منع من اللازم للملك منع الملك فلا ملك له فيه.

(قُلتُ): هذا كان يقع في ذهني، ثم ظهر لي فيه جواب أن ذلك أمر عارض منع لازم الملك، وفيه ما لا يخفى.

(فإن قلت): الشَّيخ: عبر بالمنفعة وهي أخص من الانتفاع، وإذا صح ذلك، وقد علم أنالحُبُس أعم من ذلك؛ لأنه يكون في المنفعة كمن حبس دارًا على شخص أو على حسب الانتفاع كحبس المدارس؛ فيكون الحد غير منعكس لثبوت حبس فيه انتفاع الذي هو أعم لا المنفعة.

(قُلتُ): الجواب عن الشَّيخ: أن ذكر بعد أن ما قررناه هو الأصل إلا أن يشترط المحبس قصرالحُبُس على الانتفاع أو يجري عرف بقصر ذلك كحبس المدارس، وإذا تأملت هذا فلا ينجي في الجواب تأمل ما يأتي في المستحق من الحُبُس، والله سبحانه أعلم.

(فإن قلت): القرافي ذكر الإجماع في حبس المساجد أنه إسقاط ملك من الحُبُس، ولذلك صحت الجمعة

يموت قبل موت ربه لعدم لزوم بقائه في ملكه معطية لجواز بيعه برضاه مع معطاه.

وقول ابن عبد السلام: إعطاء منافع على سبيل التأبيد يبطل طرده بالمخدم حياته، ولا يرد بأن جواز بيعه يمنع اندراجه تحت التأبيد؛ لأن التأبيد إنما هو في الإعطاء، وهو صادق على المخدم المذكور لا في لزوم بقائه في ملك معطيه، وهو أسمى ما أعطيت منفعته مدة إلى آخره.

وصرح الباجي: ببقاء ملك المحبس على حبسه، وهو لازم تزكية حوائط الأحباس على ملك محبسها، وقول اللخمي آخر الشفعة: الحُبُس يسقط ملك المحبس غلط، وهو مندوب إليه؛ لأنه من الصدقة، ويتعذر عروض وجوبه بخلاف الصدقة.

روى مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «**إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاث إلا من صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له**»[1]، وروى مع البخاري، واللفظ له عن ابن عمر قال: أصاب عمر بخيبر أرضًا فأتى إلى النبي ﷺ فقال: أصبت أرضًا لم أصب مالًا قط أنفس منه فكيف تأمرني به.

قال: «**إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها**»، فتصدق عمر على أنه لا يباع أصلها، ولا يوهب، ولا يورث في الفقراء والقربى، والرقاب، وفي سبيل الله، والضيف وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقًا غير متمول فيه[2].

وللخمي والمتيطي: استدلال وهمي يذكر إن شاء الله، وهو مندوب إليه بحبسه =

فيه فكلامه يرد على حد الشَّيخ.

(قُلتُ): كان يمر لنا ذلك، وإنه مشكل في كلام القرافي انظره، والله سبحانه الموفق.

(1) أخرجه مسلم: رقم (1631) في الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته، وأبو داود: رقم (2880) في الوصايا، باب ما جاء في الصدقة عن الميت.

(2) أخرجه البخاري: 5/ 263 في الشروط في الوقف، وفي الوصايا، باب قول الله تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ﴾، وباب الوقف كيف يكتب، وباب الوقف للغني والفقير والضيف، وباب نفقة القيم للوقف، ومسلم: رقم (1632) و(1633) في الوصية، باب الوقف.

الصدقة، ويتعذر عروض وجوبه بخلافها.

[باب في المحبس]

المحبس: اللخمي: الأرض وما يتعلق بها كالدور، والحوانيت، والحوائط، والآبار، والمقابر، والطرق[1].

قُلتُ: كذا فيها رأيت من نسخ اللخمى، وزاد المتيطى عنه، ولا خلاف فيه بين أصحاب مالك.

قُلتُ: ويريد بالمقابر المتخذة حيث يجوز اتخاذها.

سمع ابن القاسم في كتاب الأقضية: إن أحدثت قبور بفناء قوم كانوا يرمون به في غيبتهم، ثم قدموا فلهم تسوية قديمها للرمي عليها، ولا أحب تسوية جديدها.

ابن رُشْد: إنما كرهه في الجديدة؛ لأنها في الأفنية، ولو كانت في الأملاك المحوزة لم يكرهه.

وقد قال علي بن أبي طالب ﷺ: واروا في بطنها وانتفعوا بظهرها.

ابن رُشْد: ولو كان دفن في الأملاك المحوزة بغير إذن ربها لكان عليه تحويلهم إلى مقابر المسلمين، وفعل ذلك بقتلى أحد لما أراد معاوية إجراء العين التي بجانب أحد أمر من ينادي بالمدينة من كان له قتيل فليخرجه، وليحوله.

قال جابر: فأخرجناهم من قبورهم رطابًا يتثنون يعني شهداء أحد.

قُلتُ: في استدلاله بفعل معاوية نظر؛ لأن قتلى أحد ما أقبروا إلا حيث جاز إقبارهم، واستدلاله بإخراجهم يوهم كون القبر غير حبس.

والأقرب: أنه فعله لتحصيل منفعة عامة حاجية حسبما يأتي في بيعا الحُبُس لتوسعة جامع الخطبة.

---

(1) قال الرَّصاع: هذا مما يقوي الاعتراض في لفظ الشيء الذي أطلقه، وقد قدمناه، وهذا رسم للمتفق عليه فيما يصح التحبيس فيه، وأما الحيوان فلم يذكره؛ لأن فيه خلافًا، والله سبحانه الموفق.

ولابن عات: سئل بعضهم أيجوز حرث البقيع بعد أربعين سنة دون دفن فيه وأخذ ترابه للبناء.

قال الحسن: لا يجوز أن يتملك.

وفي أحكام ابن سهل: أفتى بعض الفقهاء بالمشي على أسنة القبور، وقال: كان ﷺ يشق المقابر على أسنمتها لا بينها.

وقال غيره: المشي على المقابر لمن كان له قبر ضرورة، ويؤمر بالتحفظ من المشي عليها لئلا يهدمها، وللضرورة أحكام، ولم يتعقب ابن سهل ذلك.

قُلتُ: وأفتى بعض شُيُوخنا: بعض أهل الخير بنى دارًا له فوجد في بقعة منها عظام آدمي يكون محله حبسًا لا ينتفع به، ولا بهواه فتركه، وهواءه براحًا.

الباجي: تحبيس الرباع جائز اتفاقًا، وقول ابن الحاجب: يصح في العقار المملوك لا المستأجر.

اختصار لقول ابن شاس: لا يجوز وقف الدار المستأجرة، وفي كون مراد ابن شاس نفي وقف مالك منفعتها أو بائعها نظر، وفسره ابن عبد السلام في لفظ ابن الحاجب بالأول، وهو بعيد لخروجه بالمملوك.

والأظهر: الثاني، وفي نقله الحكم بإبطاله نظر؛ لأن الحُبُس إعطاء منفعته دائمًا وأمر الإجارة خاص، فالزائد عليه يتعلق به الحُبُس لسلامته عن المعارض، ثم في لغو حوزه المستأجر للحبس فيفتقر لحوزه بعد أمد الإجارة وصحته له، فيتم من حين عقده قولان مخرجان على قولي ابن القاسم وأشهب في لغو حوز المستأجر ما في إجارته لمن وهب له بعد إجارته وصحته له.

وإطلاق ابن شاس وابن الحاجب إجازته في الشائع كقولها في آخر الشفعة قال مالك: إن حبس أحد الشريكين في دارحظه منها على رجل وولده، وولد ولده فباع شريكه حظه منها فليس له، ولا للمحبس عليهم أخذه بالشفعة إلا أن يأخذه المحبس فيجعله في مثل ما جعل حظه فيه.

اللخمي: إن كانت الدار تحمل القسم جاز الحُبُس إذ لا ضرر على شريكه بذلك

إن كره البقاء على الشركة قاسم.

قُلتُ: هذا على أن القسم تمييز حق بين، وعلى أنه بيع يؤدي إلى بيع الحُبُس إلا أن يقال الممنوع منه بيعه ما كان معينًا لا المعروض للقسم؛ لأنه كالمأذون في بيعه من محبسه حسبما يذكر في بيع الحُبُس قال: وإن كان لا ينقسم فللشريك رد الحُبُس للضرر؛ لأنه لا يقدر على بيع الجميع، وإن فسد فيه شيء لم يجد من يصلح معه.

قُلتُ: ومثله في نوازل الشعبي قال: وإن كان علو وسفل لرجلين فلرب العلو رد تحبيس ذي السفل سفله؛ لأنه إن فسد منه شيء لم يجد من يصلح له، ومن حقه أن يحمل له علوه ولرب السفل رد تحبيس ذي العلو علوه للضرر متى، وهى سقط منه ما يفسد سفله، والحائط كالدار فيما ينقسم وما لا.

قُلتُ: ومثل إطلاقها في تحبيس الشريك في الدار وقع في رسم كتب عليه ذكر حق في سماع ابن القاسم من الشفعة، فتكلم فيه ابن رُشْد بحكم الشفعة وأعرض عن حكم تحبيس المشاع.

ولابن سهل عن ابن زَرْب: اختلف أهل العلم فيمن له حصة في دار لا تنقسم فحبسها، فقال بعضهم: لا ينفد تحبيسه، وأجازه بعضهم، وبإجازته أقول.

ولابن حبيب: قال لي ابن الماجِشُون: من حبس شركا له مشاعًا في نخل، ودور مع قوم بعضهم غائب، فإن كان من الشركاء من يريد القسم قسم بينهم، وقسم السلطان للغائب إن تعذر حضوره وتوكيله فما أصاب المحبس كان حبسًا، وما لا ينقسم يباع فما أصاب المحبس اشترى به ما يجعل حبسًا كما سبله.

قُلتُ: ففي جواز تحبيس مشاع ربع مشترك فيه مطلقًا، ووقفه على إذن شريكه فيما لا ينقسم فى مثل ما حبسه فيه، وإلا بطل، ثالثها: يجوز مطلقًا، ويجعل ثمن الحظ المحبس مما لا ينقسم في مثل ما حبسه فيه لظاهرهما مع ظاهر سماع ابن القاسم.

ونص ابن زَرْب واللخمي عن المذهب، وابن حبيب مع ابن الماجِشُون: ويتخرج القول بالجواز في العلو والسفل.

المتيطي: إن أقر بعض الورثة بتحبيس ربع ورثوه نفذ إقراره في حظه فقط.

قُلتُ: مثله في النوادر لعبد الملك، وظاهره نفوذه مطلقًا، ولو كان فيما لا ينقسم، وهذا على القول بجوازه مطلقًا في تحبيس المشاع واضح وعلى وقفه على إذن شريكه فيه نظر.

قال: وأشد ما على المنكر الحلف أنه لا يعرف أن الحُبُس حبس عليهم.

قُلتُ: يريد: إن كان ممن يظن به العلم.

قال: وليس له رد اليمين؛ لأن المحبس لا يملك ملك المبيع؛ لأن تصييره للأعقاب والمرجع، ولا يحلف أحد عن أحد، ولو نكل إذا ردت اليمين عليه لم يبطل الحُبُس بنكوله فهذه وجوه تمنع رد اليمين في الحبس، وللباجي اختلف هل على المنكر يمين، فقال بعضهم عليه اليمين، وقال بعضهم: لا يمين عليه.

ابن زَرْب: نزلت في رجل حبس مالًا وثبت حوزه فادعى بعض ورثته أن الحُبُس رجع عليه وسكنه حتى مات، وأراد تحليف المحبس عليهم، فقلت: لا يمين عليه،وقال بعض فقهاء: عصرنا عليه اليمين، وهو عندي خطأ، وفي الثياب طريقان.

اللخمي:في جوازه فيها ومنعه قولان لها، ولنقل ابن القُصَّار مع الصقلي.

الباجي لابن القاسم في العتبيَّة: لم أسمع من مالك في الثياب شيئًا، ولا بأس به، وأجازه أشهب، فقيل: يجوازه يلزم لموافقته الشرع، وكونه من العقود اللازمة، وعلى كراهته، ففي جوازه ولزومه روايتان.

قُلتُ:يريد بالجواز عدم اللزوم، لا أحد أقسام الحكم الخمسة، وإلا لزم كون قسيم الشيء قسماً منه، وهو محال، وتبعه ابن شاس في ذلك، وفرضه في الحيوان.

ابن زرقون: في جوازه فيه وكراهته، ثالثها: في الخيل ويكره في غيرها، ورابعها: يكره في الرقيق فقط لأشهب مع ظاهرها ورواية محمد.

ونقل القاضي: قال بعض أصحابنا: يجوز في الخيل اتفاقًا، إنما الخلاف في غيره، ولمالك أيضًا، ولما ذكر ابن رُشْد هذا الخلاف أول مسألة في الحُبُس قال: إنما الخلاف في الحُبُس المعقب، أو على نفر بأعيانهم، وأما تحبيس كل ذلك لينتفع بعينه في السبيل، أوتصرف غلته في إصلاح الطرق، ومنافع المساجد، أو ليفرق على المساكين وشبه

ذلك، فجائز اتفاقًا إلا في الرقيق، ويكره لرجاء العتق فيه، فإن وقع وفات ومضى، وإن لم يفت استحب لمحبسه صرفه لما هو أفضل.

قُلتُ: يريد بفوته بالحوز لا بالموت.

وقول اللخمي والمتيطي: الأصل في تحبيس ما سوى الأرض قوله ﷺ: **«من حبس فرسًا في سبيل الله إيمانًا بالله وتصديقًا بوعده فإن سبعه وروثه في ميراثه يوم القيامة»** أخرجه البخاري[1].

وهم شنيع في فهمه إن ضبط باء حبس بالتخفيف، وفي روايته إن ضبطها بالتشديد، وفي مثل هذا كان بعض من لقيناه يحكي عن بعض شُيُوخه أنه كان يقول بعض استدلالات بعض شُيُوخ مذهبنا، لا ينبغي ذكرها خوف اعتقاد سامعها، ولا سيما من هو من غير أهل المذهب؛ لأن حال أهل المذهب أو جلهم مثل هذا المستدل.

قال: ولقد رأيت لبعض متقدمي المتكلمين ردًا على المنجمين، ووددت أنه لم يقله لسخافته، ورأيت للآمدي ردا عليهم ليس منصفًا وقف عليه.

ابن شاس وابن الحاجب: لا يصح وقف الطعام قال: لأن منفعته باستهلاكه.

قُلتُ: في العارية منها لمالك: من حبس على رجل مائة دينار يتجر بها أمدًا معلومًا ضمن نقصها، وهي كسلف، وذلك جائز إن شاء قبلها على ذلك أو ردها.

قُلتُ: ومثله في رسم استأذن من سماع عيسى ولابن رُشْد في أول مسألة من سماع ابن القاسم: وأما الدنانير والدراهم، وما لا يعرف بعينه فتحبيسه مكروه إن وقع كان لآخر العقب ملكًا إن كان معقبًا، وإن لم يكن معقبًا، وكان على معينين رجع إليه بعد انقراض المحبس عليهم.

قُلتُ: رجوعه ملكًا ظاهر في جواز بيعه اختيارًا بعد رجوعه، وذلك يمنع كونه حبسًا حقيقة؛ لأن خاصته تمنع مبيعه اختيارًا.

---

(1) أخرجه البخاري: 6/ 43 في الجهاد، باب من احتبس فرساً في سبيل الله، والنسائي: 6/ 225 في الخيل، باب علف الخيل.

[باب في المحبس عليه]

المحبس عليه ما جاز صرف منفعة الحُبُس له أو فيه[1]، وإن كان معينًا يصح رده اعتبر قبوله.

ابن شاس: لا يشترط في صحة الوقف عليه قبوله إلا أن يكون معينًا أهلًا للرد والقبول، وفي كون قبوله شرطًا في اختصاصه به أو في أصل الوقف خلاف في الموازيَّة من قال: أعطوا فرسي فلانًا فلم يقبله.

قال مالك:إن كان حبسًا أعطي لغيره، ولمُطَرِّف في الواضحة من حبس حجرًا فلم يقبلها المحبس عليه لنفقتها رجعت ميراثًا.

قُلتُ: ما ذكره عن الموازيَّة لفظه في النوادر هنا من أوصى بفرسه في السبيل فقال: أعطوه فلانًا فلم يقبله، فإن كان حبسًا أعطي لغيره، وإن لم يكن حبسًا رد إلى ورثته، وما ذكره عن مُطَرِّف لفظه من حبس على رجل حجرًا عرض عليه أن يكون عليه علفها، فإن أبى كانت ميراثًا، وقاله أَصْبَغ، ورواه عن ابن القاسم.

اللخمي: إن حبس فرسًا أو عبدًا على رجل بعينه فلم يقبله، فإنه يختلف هل يصرف لغيره أو يرجع لربه أو وارثه إن أوصى به فذكر ما تقدم لمُطَرِّف، ولم يعزه لغيره، وما تقدم لمحمد قال: وأرى إن أعطاه له ليركبه لا ليغزو عليه رجع ميراثًا، وإن كان ليغزو عليه فهو محل الخلاف؛ لأن الحُبُس يتضمن نفع المحبس عليه كمن أوصى أن يحج عنه فلان بكذا، والموصي غير ضرورة.

قال ابن القاسم: يرجع المال ميراثًا، وقال غيره: يدفع لآخر يحج به عنه،

---

(1) قال الرَّصاع: أشار ﷬ إلى أن المحبس عليه هو الذي تصرف المنفعة فيه إن كان غير عاقل أو تصرف له إن قبل الملك، ثم إن الشَّيخ ذكر خلافًا في القبول في المعين هل هو شرط في اختصاصه أو في أصل الحُبُس وبنوا عليه إذا لم يقبل هل يرجع ملكًا أو يصرف في غير ذلك، وذكر ابن شاس أن القبول في المعين شرط إن كان أهلا للرد وغيره.

(فإن قلت): صرح هنا بالشرطية في القبول، وصرح بالركنية في الهبة، وما الفرق بينهما.

(قُلتُ): تأمل كلام الشَّيخ في فصول الهبة، فإنه قضى به البحث فيه، والله أعلم.

وهو أحسن.

قُلتُ: لابن رُشْد عن الشَّيخ: من أمر بشيء لسائلٍ فلم يقبله دفع لغيره.

المتيطي: المشهور المعمول عليه صحته على الحمل.

ابن الهندي: زعم بعضهم أنه لا يجوز على الحمل، والروايات واضحة بصحته على من سيولد وبها احتج الجمهور على الحمل، وفي لزومه يعقده على من يولد قبل ولادته قولا ابن القاسم ومالك لنقل الشَّيخ.

روى محمد بن المواز، وابن عبدوس: لمن حبس على ولده، ولا ولد له بيع ما حبسه ما لم يولد له، ومنعه ابن القاسم قائلًا: لو جاز لجاز بعد وجود الولد وموته.

قُلتُ: يرد بأنه لما لزم بوجوده واستمر ثبوته لوجود متعلقه، وقبله لا وجود لمتعلقه فلم يلزم والأولى: احتجاج غيره، فإنه حبس قد صار على مجهول من يأتي فصار موقوفًا أبداً ومرجعه لأولى الناس بالمحبس، ولهم فيه متكلم.

وتبع ابن الحاجب: ابن شاس في قوله: يجوز الوقف على الذمي، وقبله ابن عبد السلام، ولا أعرف فيه نصًّا للمتقدمين.

والأظهر: جريها على حكم الوصية.

سمع ابن القاسم: كراهة الوصية لليهودي والنصراني.

قال سَحنون: قال ابن القاسم: وكان قبل ذلك يجيزه، ولا أرى به بأسًا إن كان على وجه الصلة للرحم كأبيه وأخيه وأراه حسنًا، وأما لغير هذا فلا.

وقال عنه عيسى: لا بأس به لأحد أبويه وأخيه وشبه ذلك من قرابته، ولا يعجبني في الأباعد، وليتعطف به على أهل الإسلام:

ابن رُشْد:قوله الأول بالجواز دون كراهة هى رواية ابن وَهْب، واحتج بالحلة التي كساها عمر أخًا له مشركًا بمكة، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم، وقوله قبل ذلك، وأراه حسنًا.

قول ثالث: رأى أجر وصيته لصلة رحمه، وإن كانوا ذميين أكثر من الأجر في المسلم الأجنبي.

وأما الوصية للأباعد من الذميين فلا خلاف في كراهة ذلك باعتبار أنها إيثار للذمي على المسلم إلا في نفس الوصية؛ لأن فيها الأجر بكل حال في موطأ ابن وَهْب عن مالك: من نذر صدقةً على كافر لزمه.

وقال أيضًا: من قال: مالي صدقة على فقراء اليهود لزمته الصدقة عليهم بثلث ماله قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَيُطْعِمُونَ ٱلطَّعَامَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا﴾ [الإنسان: 8]، والأسير الكافر، وأجاز أشهب الوصية للذميين، ولو كانوا أجانب إجازة مطلقة دون كراهة، ومعناه في الأجانب إن كان لهم حق من جوار أو يد سلفت وشبه ذلك، وإن لم يكن لذلك سبب فالوصية لهم محظورة إذ لا يؤثر الكافر على المسلم دون سبب إلا مسلم سوء مريض الإيمان لقوله تعالى: ﴿لَّا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْآخِرِ يُوَآدُّونَ مَنْ حَآدَّ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾ الآية [المجادلة: 22].

الباجي: لو حبس مسلم على كنيسة، فالأظهر عندي رده؛ لأنه معصية كما لو صرفها إلى أهل الفسق.

قُلتُ: عادة الأشياخ أنهم لا يقولون الأظهر عندي إلا فيما فيه نظر ما لا في الأمر الضروري، ورد هذا الحُبُس ضروري من القواعد الأصولية؛ لأنه تسبب في معصية أو إعانة عليها خالية عن مصلحة شرعية، وما هذا شأنه حرام إجماعًا.

وكذا من القواعد الفروعية سمع عيسى ابن القاسم: من أوصى أن يقام بلهو عرس رجل أو مناحة ميت لا تنفذ وصيته، وقوله باطل.

ابن رُشْد: لا خلاف في ردها بمناحة الميت؛ لأنها محرمة.

وفي الموازيَّة: من أوصى لرجل بمال على أن يصوم عنه لم يجز ذلك.

[باب في المحبس]

المحبس: من صح تبرعه، وقبوله منه[1]، فيصح من الإمام لسماع محمد بن خالد

(1) قال الرَّصاع: قوله: (من صح تبرعه) جنس أخرج بصحة التبرع المضروب على يده من محجور عليه، ومن مفلس أو مدين قد أحاط الدين به أو عبد أو زوجة أكثر من ثلثها أو مريض مرضًا مخوفًا زائدًا على ثلثه، ويصح من الإمام لصحة تبرعه، وكذلك وقع في الرواية، والسماع وسلم الشَّيخ هذا هنا، وقد يبحث في التبرع حيث عرفه به، ولم يعرفه في حقيقة الواهب انظره.

قوله: (وقبوله) عطف على تبرعه؛ أي :ومن صح قبول التبرع منه أخرج به الكافر في قربة دينية؛ لأنه لا يقبل التبرع منه فلا يكون محبسًا.

قال الشَّيخ: وأما المنفعة العامة الدنيوية، ففي ردها نظر، ثم قال: والأظهر إن لم يحتج إليها ردت.

(فإن قلت): تقدم للشيخ بحث مع الباجي، وإن الأمور التي علم من قواعد الدين حكمها لا يقال فيها الأظهر، ولا نظر بل يقطع بالحكم فيها، والأمور الدنيوية العامة إذا افتقر فيها إلى مال من كافر فيه إظهار منة الكافر على عموم المسلمين، والإيالة بفعله، وما فيه إذلال أو إعانة على ملتهم مقطوع بتحريمه فلا يقال في مثل هذه النازلة نظر، ولا أظهر بل القطع بالمنع من قبول فعل هذا الكافر وإظهار أبهة الإسلام عليه واجبة.

(قُلتُ): المسألة التي وقع فيها الرد على الباجي إذا حبس مسلم على كنيسة.

قال الباجي: الأظهر عندي رده؛ لأنه معصية كما لو صرفها إلى أهل الفسق.

قال الشَّيخ: عقب هذا الكلام قلت: عادة الأشياخ أنهم لا يقولون الأظهر عندي إلا فيما فيه نظر لا في أمر ضروري، ورد هذاالحُبُس ضروري من القواعد الأصولية؛ لأنه تسبب في معصية لو أعان عليها، وما هذا شأنه حرام إجماعًا، وكذا من القواعد الفروعية فهذه المسألة التي استدل بها السائل ليست مثل المسألة المستدل عليها؛ لأن المستدل عليها منفعة عامة دنيوية، والمسألة التي ذكر الباجي تدل على أن من حبس على أهل الفسق فالحُبُس باطل.

(فإن قلت): إذا بطلالحُبُس في مثل ذلك هل يرجع ملكًا.

(قُلتُ): نعم يرجع ملكًا للمحبس أو لورثته إن مات كذا وقع للشيخ سيدي عيسى، وفي جواب له ما يوهم خلاف ذلك، وأنه يرجع مراجع الأحباس، وذكر ذلك في سؤال وقع في عصره في أناس من أهل الحمى حبسوا على مساجد الإباضية، وعلى الفقراء منهم الملازمين للمساجد المذكورة، فإن انقرضوا رجع ذلك لمن على مذهبهم بالجبل، فإن لم يكن رجع ذلك على جزيرة جربة.

قال السائل: ثم قام قائم من أهل السنة، وخرب مساجدهم؛ فسأل السائل: هل يكونالحُبُس باطلًا

من ابن القاسم صحة تحبيسه الخيل في الجهاد.

وأنكره بعض مفتي بلدنا حين إشهاد إمامها بتحبيسه بعض ريعها على بناء سورها فوقفته على السماع فرجع، وشهد فيه معنا، فلا يصح من محجور عليه، ولا من مدين أحاط عليه دينه بماله، ولا كافر في قربة دينية، ولو كانت في منفعة عامة دنيوية كبناء القناطر، ففي ردها نظر.

والأظهر: إن لم يحتج إليها ردت.

الباجي: سمع ابن القاسم: إن حبس ذمي دارًا على مسجد ردت، ورواه معن بن موسى في نصرانية بعثت بدينار للكعبة رد إليها، وهو على وارث وحده في المرض مردود كهبته فيه فلو كان على غيره فهو معه فهو كالمشهورة بمسألة ولد الأعيان، وهي ذو دار حبسها في مرض موته على ولده، وولد ولده، وحملها ثلاثة، وترك معهم أمًا وزوجة فصورها الشَّيخ والصقلي على أن الولد ثلاثة، وكذلك ولد الولد فتقسم غلتها على عدد المحبس عليهم.

سمع عيسى ابن القاسم: والذكر كالأنثى، وفي قسمه بالسوية مطلقًا أو إن استوت حالتهم نقلًا.

ابن رُشْد: عن ظاهر سماع عيسى ابن القاسم مع قول ابن الماجِشُون، ومشهور

=

لأنقطاع هذه الطائفة ويرجع ميراثًا أو يرجع حبسًا أو يرجع لفقراء أهل السنة؟
فأجاب الشَّيخ سيدي عيسى: بما معناه القيام على هؤلاء واستتابتهم من الأمور اللازمة لمن ولاه الله الحكم قال: وإحباسهم يجب إبطالها إذا كانت على من يتمذهب بمذهبهم، ثم قال: وبعد أن أراح الله منهم فترجع إلى أقرب الناس بالمحبس ممن هو على مذهب أهل الحق، فإن لم يكن رجع إلى الفقراء والمساكين، ثم روجع الشَّيخ ﷺ في فهم جوابه؛ لأن كلامه اقتضى أولًا: أن الحُبُس باطل ويرجع ملكًا، وثانيًا: اقتضى أنه يرجع مراجع الأحباس، وسئل الشَّيخ سيدي أبو القاسم بعد ذلك عن الحكم في النازلة فقال الصواب في ذلك: إن قصد المحبس اجتماعهم وإعانتهم على مذهبهم فالحُبُس باطل، وإن لم يقصد إلا قرابته مضى الحُبُس، وللشيخ الوانوغي فيها كلام، وقد ذكر أن أصل المسألة وقع فيها الجواب للخمي والسيوري، والله الموفق.

قول ابن القاسم: ودخلت الأم والزوجة على ولد الأعيان فيما صار لهم بحظيهما إرثًا، فإن مات أحد الأعيان تعلق بحظه حق ولد الولد لوجوب صرف كل حبس على عدد عند موت بعضه على من بقي، وفي صرفه لهم بنقص القسم الأول، وقسمه على من بقي من الأعيان، وولد الولد ليقسم حظهم بمقتضى إرثهم والميت معهم مقدرة حياته يستحق وارثه حظه من ذلك، وتدخل الأم والزوجة عليهم فيه بحظيهما كما مر، أو ببقائه، ويقسم حظ الميت مردود إليه سدسه وثمنه.

كذلك نقلا الصقلي عن سَحنون مع محمد، ويحيى عن ابن القاسم، وظاهر سماع عيسى ابن القاسم، وبه فسره الشَّيخ الصقلي، وقول سَحنون في المجموعة: يضم ولد الأعيان لما صار لهما من قسم سهم الميت عليهما مع ولد الولد للسدسين اللذين بأيديهما مردودًا إليهما ما أخذه منهما الأم والزوجة يخرج من كل ذلك لهما سدسهما وثمنهما، ويقسم الباقي عليهما مع الميت مقدرة حياته حظه لوارثه عائد إلى نقض القسم.

قال الشَّيخ: ولا يختلف معنى نقص القسم من بقائه بالنسبة إلى الأم والزوجة وولد الولد إنما يختلفان بالنسبة إلى ولد الأعيان وولد الميت، وبيانه يقسم الحُبُس بموت الجد على أنه فريضة صحت من ألفين ومائة وستين لكل من الأعيان، وولد الولد سدسها ثلاثمائة، وستون للزوجة ثمن ما بيد كل واحد من الولد جميعه مائة وخمسة وثلاثون وللأم سدس ما بيد كل من الولد جميعه مائة وثمانون، فإن مات أحد الأولاد ردت إليه الزوجة ما أخذت منه، وذلك خمسة وأربعون، وترد الأم إليه ستين فيعود السدس كما كان ينقسم على خمسة اثنان وسبعون لكل واحد من ولد الولد وولد الأعيان فتأخذ الأم سدس ما بيد كل واحد من ولدي الأعيان، وذلك اثنى عشر والزوجة ثمنها تسعة يبقى لكل واحد عشرون جميع ذلك مائة وسهمان يأخذ كل واحد ثلثه أربعة وثلاثين، ولوارث الميت مثل ذلك، فيصير لكل واحد منهما مائتان وسبعة وثمانين للزوجة مائة وثمانية، وللأم مائة وأربعة وأربعون، ولكل واحد من ولد الولد أربعمائة واثنان وثلاثون هذا على بقاء القسم، وعلى نقضه تقسم ذلك على خمسة خمسه أربعمائة واثنان وثلاثون، وكذا كان لكل واحد من ولد الولد في القسم الأول، ثم تأخذ

الزوجة من كل واحد من ولد الأعيان ثمن ما بيده، وهو أربعة وخمسون يجتمع لها مائة وثمانية، وهو ما كان لها في القسم الأول، وتأخذ الأم منهما سدس ما بأيديهما مائة وأربعة وأربعين، وهو ما كان لها في القسم الأول، ثم الباقي بيد ولد الأعيان ستمائة واثنا عشر ثلثها لورثة الميت منهما مائتان وأربعة فرادهما نقض القسم على بقائه مائة وسبعين؛ لأنه إنما كان لهم أربعة وثلاثون هذه الزيادة كانت عند عميهما ونقص كل واحد منهما خمسة وثمانون عما كان بيده في القسم الأول فالذي نقصهما هو ما زاد ورثة أخيهما، وهذا أشبه لوجوب مساواة حق الميت لحقيهما فيما يستحقانه بالإرث.

قُلتُ: هذا الكلام بطوله إنما المطلوب منه بيان اختلاف قدر ما يجب لورثة الميت من ولد الأعيان والباقي منهم على نقض القسم وبقائه وإدراكه بأخصر من ذلك واضح؛ لأن الواجب لورثة الميت منهم على نقض القسم ثلث خمسي المال، وعلى بقائه ثلث خمسي سدسه، والمال أكثر من سدسه ضرورة أن الكل أعظم من الجزء، وأن جزء الأصغر من قدر المسمى لجزء الأكبر أصغر من جزء الأكبر، واختلاف حال الوارث ملزوم لاختلاف حال ولد الأعيان؛ لاتحاد حال من سواهم فيهما ضرورة مساواة الجزء المأخوذ من كل لمجموع الأجزاء السمية له مأخوذة له من كل أجزائه كثمانية وأربعين ثمنها وسدسها كثمن أربعة وعشرين مرتين وسدسها.

ولابن رُشْد في رسم سماع القطعان من سماع عيسى: أن ولد الأعيان ثلاثة، وولد الولد أربعة.

قال ابن دحون: قوله إن مات أحد ولد الأعيان قسم حظه فذكر ما تقدم من قسمه على القول بنقض القسم الأول هذا غلط والواجب رد الورثه كل ما بأيديهم، وذكر ما تقدم في معنى نقض القسم.

ابن رُشْد: إنما قال ابن دحون هذا؛ لأنه تأول قول ابن القاسم على رد جميع ما بيد الميت من ولد الأعيان، ويضاف له ثلث سدس الأم، وثلث ثمن الزوجة فيصير سبعًا تامًا، ويقسم على ما ذكر في السماع؛ ولذا قال قوله يقسم الجزآن غلط؛ بل يرد الورثة كل ما بيديهم إلى الجزءين، ويقسم ذلك على فرائض الله.

كما تأول التونسي: المدَوَّنة: وهو تأويل غلط، تفسد به المسألة، والذي يصح حمل كلام المدَوَّنة عليه أنه لا يؤخذ من الميت من ولد الأعيان كل ما بيده إنما يؤخذ سهمه الذي صار من السبعة الأجزاء حين قسم الحُبُس على ولد الأعيان، وعلى ولد الولد مما بيده ومما بيد الباقين من ولد الأعيان، ومما بيد الأم والزوجة؛ لأنه قد قسم ذلك عليهم أجمعين مع السبعين الأخرين اللذين كانا صارا لولدي الأعيان؛ فيؤخذ مما بيد كل واحد ثلثه؛ لأن ولد الأعيان ثلاثة فيكمل السبع على هذا فيقسم على الباقين من ولد الأعيان وولد الولد ومناب ولد الأعيان منه يقسم عليهما مع الميت من ولد الأعيان وعلى الأم والزوجة كما تقدم، فيتساووا على هذا في قدر مواريثهم كتساويهم في بعض القسم.

قُلتُ: قوله وإنما **يؤخذ** سهمه الصائر له من السبعة الأجزاء إلى آخره كذا وجدته في غير نسخة واحدة، وظاهره أخذ كل ما بيده؛ لأنه الصائر له من قسم السبعة الأخرى، وهو مناف للمعنى الذي صوبه، ولنص قوله بعده فيؤخذ مما بيد كل واحد ثلثه إلى آخره، ولو قال: إنما يؤخذ منه تسمية الصائر له من السهم السابع من السبعة الأجزاء إلى آخره كان واضحًا؛ فتأمله.

وحاصله: أنه يؤخذ مما بيد كل واحد من ولد الأعيان ميتهم وحيهم من الأم والزوجة الجزء المسمى لعدد ولد الأعيان؛ لأن الجزء الصائر لكل منهم من السهم الذي بان بموت أحد ولد الأعيان استحقاق ولد الولد فيه حقًا مع الباقين من ولد الأعيان بمقتضى التحبيس على عددهم.

الصقلي عن سَحنون في المجموعة: إنما هو في الثمار وشبهها من الغلل يقسم عند كل غلة على من وجد حينئذ حيًا من ولد الأعيان، وولد الولد، ثم يقسم حظ ولد الأعيان على الفرائض، فأما ما يسكن من دار أو يزرع من أرض فلا بد من نقض قسمه.

الصقلي: وهذا إنما يصح على قول من لا يرى نقض القسم.

الصقلي: وقول سَحنون في المجموعة؛ كنقض القسم سواء فانظره.

قُلتُ: قوله إنما يصح على قول من لا يرى نقض القسم وهم؛ لأن حاصل قول سَحنون الذي قرره في الثمار هو نفس نقض القسم؛ فكيف يتصور صحته على عدمه، ويمكن تقرير قول سَحنون على الصواب، أن معنى قوله: وهذا إنما يصح؛ يريد: بقاء الربع المحبس بينهم بعد موت أحد ولد الأعيان على ما كان عليه قبل موته إذا كان نفس المقسوم بينهم غلة الربع كدار السكنى وشبهه؛ يريد: ككراء الدور ونحوها أما إن كان المقسوم بينهم نفس الربع كدار السكنى لهم، وأرض الزرع لهم فلا بد من نقض قسمه؛ يريد: فلا بد من تحويله عن حالته في قسمه بينهم بموت أحد ولد الأعيان فلا يبقى على ما كان عليه بينهم؛ لأن الصائر لكل منهم حيث المقسوم بالغلة لا تختلف الأغراض فيه لتعدد قسمه فوجب بقاء الربع المحبس على حاله والصائر لكل منهم حيث المقسوم بينهم الربع نفسه تختلف الأغراض فيه في تعدد قسمه فوجب نقضه عن بقاء حاله قبل موت أحد ولد الأعيان؛ فتأمله.

ابن رُشْد: وقوله في هذا السماع أن هذا القسم لا ينتقض بموت من مات، وإنما يقسم حظه معناه إن كان ينقسم خلاف ظاهر سماع عيسى يحيى أن القسم ينتقض كله كما إذا زاد ولد الولد، وإن لم ينقسم حظ من مات من الولد أو ولد الولد انتقض كل القسم من أصله اتفاقًا كما ينتقض، كذلك إذا زاد ولد الولد، وسماع يحيى ليس مخالف لسماع عيسى فما يخرجه القسم لكل واحد في قلته وكثرته إنما اختلفا في صفة العمل، وسماع يحيى أولى لما في ترك القسم من التشعب والعناء بما لا فائدة فيه، وفي سماع عيسى المذكور ما صار لورثة الميت من ولد الأعيان يستمتعون به ما عاش واحد من ولد الأعيان.

ابن رُشْد: فيه نظر،إذ لا يستمتعون بجميعه ما عاش واحد من ولد الأعيان، كما قال: لأنه إن مات واحد من أعيان الولد بعد ذلك وجب أن يردوا مما صار لهم ما يجب من ذلك لولد الولد، وإنما يستمتع كل من صار بيده من الورثة شيء من الحُبُس بجميع ما صار له ما بقي واحد من أعيان الولد إن مات جميع ولد الولد يرجع جميع الحُبُس للولد، وفي السماع المذكور سئل عنها سَحنون فقال: هذه من حسان المسائل قل من

يعرفها، وهي لابن القاسم في غير موضع فهي في بعض كتبه خطأ، وفي بعضها صواب، الصواب فيها: إن كان ولده ثلاثة وولد ولده ثلاثة وحالهم واحدة قسم الحُبُس على ستة إلى آخره.

ابن رُشْد: قيل: قوله هذا تفسير لقول ابن القاسم، وقيل: خلافه إذ قال يقسم على عددهم، ولم يشترط تساوي حالهم، وقيل: ابن القاسم فرق بين الحُبُس في المرض؛ لأنه فيه بمعنى الوصية فسوى فيه بين فقيرهم وغنيهم بخلاف حبس الصحة، واتفقا على أن لا يفضل الولد على ولد الولد في هذه المسألة، وهو خلاف قول ابن القاسم في المدَوَّنة وروايته فيها مثل قول المخزومي وغيره في قوله، وكان المغيرة وغيره يسوي بينهم فلو مات ثان من البنين فعلى النقض يقسم كل الحُبُس على أربعة، ثلاثة الحفدة والابن الوارث كما مر وبموته يخلص كل الربع للحفدة، وعلى بقائه فعلى تفسيره.

ابن رُشْد: يؤخذ من حظ الميت وسائر من بيده حظ غير الحفدة الجزء المسمى للخارج من تسوية الواحد من عدد البنين حيهم وميتهم يقسم كما مر، وعلى قول الأخوين يقسم كل حظ الميت مع الجزء المذكور ممن ذكر حيهم وميتهم غير ابن حي يقسم كذلك فلو مات أحد ولد الولد والبنون أحياء ففي نقض القسم فيقسم الحُبُس على خمسة كما مر، وبقائه ويقسم حظ الميت كذلك نقلاً الصقلي عن محمد مع غيره، وسماع عيسى ابن القاسم وعليه في دخول الأم والزوجة على ولد الأعيان فيما صار لهم نقلاه عنه مع سَحنون في المجموعة، وعنه في العتبيَّة قائلًا: لأن الوصية نفدت أولًا وارتفعت التهمة.

الصقلي: يريد: إنما رجع عليهم بالولاية.

قال غيره: وعليه يؤثر ذو الحاجة من ولد الموصي؛ لأنه سنة مرجع الأحباس.

الصقلي: قوله في المجموعة: أحسن، وهو ما قاله محمد: من نقض القسم سواء فيما يصير للأم والزوجة إذ لا فرق بين أخذ سدس وثمن من كل مجموعًا، ومن كل أجزائه مفرقة فالقول بنقض القسم أخصر.

قُلتُ: لم يبين وجه كون ما في المجموعة: أحسن، ووجهه إن أخذ ولد الأعيان في

موت أحد ولد الولد لو كان بمعنى استحقاق مراجع الأحباس لاختصوا بكل ما ترك الميت دون بقية ولد الولد، وفي عزوه الثاني لسَحنون في العتبيَّة نظر؛ لأنه إنما قاله فيها: إن مات جميعهم، ولو مات ثان منهم فكذلك، والقسم على أربعة، ولو انقرض جميعهم رجع كل الحُبُس لولد الأعيان، وفي دخول الأم والزوجة عليهم.

الصقلي: قولا سَحنون في المجموعة مع سماع عيسى ابن القاسم، وقول سَحنون في العتبيَّة، ولما ذكره ابن رُشْد قال: يريد: وكذا لو مات واحد منهم على ما قاله في غير هذا الكتاب، وقوله: لأن وصية الميت نفذت لهم وسقطت المحاباة غلط بين؛ لأنه إنما يرجع الحُبُس إلى أقرب الناس بالمحبس إن انقرض كل المحبس عليهم، وأما ما بقي منهم أحد فهو راجع على جهة الوصية.

وقال الشَّيخ في المختصر: إنما قال سَحنون بعدم دخول الأم والزوجة فيما يصيب ولد الأعيان من قبل ولد الولد إن ماتوا كلهم لا في موت أحدهم، فإنهما يدخلان فيه في قول جميعهم؛ لأن أسباب المواريث قائمة بينهم، وكذا تأول عليه ابن دحون، وهو تأويل لا يعضده نظر وترده الرواية الموجودة عن سَحنون بعدم دخول الأم والزوجة في موت أحدهم.

قال ابن رُشْد: وقول سَحنون إن مات واحد من ولد الأعيان؛ يريد: بعد انقراض ولد الولد أخذ ما في يديه؛ يريد: جميع السدس الصائر له حين قسم الحُبُس على الولد وولد الولد فيقسم على فرائض الله، للأم سدسه، وللزوجة ثمنه؛ يريد: وقد أخذتا ذلك فلا يسترد منهما، ولولد الأعيان ما بقي؛ يريد: ما صار له بالإرث دون ما صار له من رجوع الحُبُس من قبل ولد الولد، وقوله: إن هلك الثاني أخذت الأم مما بيده سدسه غلط بل تأخذ الثلث إلا أن يموت هذا الثاني عن ولد، وقوله: إنما تتقاسم الأم والزوجة ولد الأعيان إن هلك الأول، وبقي اثنان، وإذا هلك الثاني، وبقي واحد صحيح، وفي السماع لسَحنون: إن هلك الثاني، وبقي واحد أخذ ما في أيديهم من النصف الأول الذي صار لهم، وأما ما صار لهم من حق ولد الولد فلا تدخل فيه الأم ولا الزوجة؛ لأنه رجع إليهم من وصية أنفذت لم يكن فيها محاباة لوارث.

قال ابن رُشْد ما نصه: قوله: إن هلك الثاني، وبقي واحد أخذ ما في أيديهم من النصف الأول؛ يريد: فإذا هلك ذلك الواجد فلا تدخل فيه الأم والزوجة الذي بقي أخذ ما في أيديهم من النصف؛ يريد: الذي صار لهم؛ يريد: أنه يؤخذ منهم فيكون ميراثًا عن الحُبُس لورثته وورثة من مات من ورثته.

قُلتُ:كذا وجدته في غير نسخة وفيه نظر؛ لأنه لا يؤخذ شيء من الحُبُس بالإرث عن المحبس إلا إذا صار لوارث له وبموت كل ولد الأعيان بطل تعلق الحُبُس بوارث له، وإذا بطل كونه على وارثه وجب صرفه بمعنى مراجع الأحباس؛ فتأمله.

قال ووقع في النوادر: قال سَحنون في العتبيَّة: إن انقرض ولد الولد وصار ما بأيديهم لولد الأعيان، ثم مات واحد منهم أخذت الأم والزوجة ميراثهما مما بيده من السدس الذي أخذ أولًا لا مما صار إليه عن ولد الولد فما بقي قسم بين ولد الأعيان.

قال أبو محمد: ينبغي أن يكون إنما أخذ أولًا هذا السدس بالإرث فعند الأم سدسه، وعند الزوجة ثمنه، فلا يرد منهما؛ لأنقراض ولد الولد الذي لهم في ذلك حجة فيقسم ما بيده من بقية ذلك السدس على ورثته لأمه سدسه، ولزوجته ربعه، ولبقية ورثته ما بقي، فإن كان إخوته هذين فهو لهما، وما بيده عن ولد الولد، وهو سدس ثان فهو كسبيل الأحباس عنده في رواية العُتْبِيّ لاشيء لورثته فيه، ويرد إلى أولى الناس بالمحبس، وهما أخوا هذا الميت ورثته بينهما نصفين، كذا وقع قول سَحنون في النوادر، وهو يبين قوله في الكتاب ففيه لبس، وقول ابن أبي زيد مفسر لقول سَحنون لا خلاف له.

قال الصقلي: قالوا: وينتقض القسم لحدوث ولد لبعض ولد الأعيان أو لبعض ولد الولد اتفاقًا، ويقسم على عدد الولد وولد الولد الأولين والذين حدثوا، ولو شرط أن لا حق لمتزوجة إلا أن تتأيم بموت أو طلاق فتزوجت ابنة له انتقض القسم، ولم يقسم لها في قسم الحُبُس شيء، وما صار للأعيان دخلت عليهم بحق إرثها؛ لأنها أخت لهم فلو تأيمت انتقض القسم، وقسم لها فلو كان في المرض على وارثين فقط، ففي وقفه يقسمون غلته بمقتضى الإرث حتى ينقرضوا فيرجع مرجع الأحباس، وبطلانه فيورث

ملكًا، ثالثها: إن قال حبسًا لا يباع ولا يورث لتخريج اللخمي على أنه على معين يرجع مرجع الأحباس لا يورث والمعروف.

والشَّيخ عن ابن كنانه قائلًا: من مات منهم فحظه لورثته على إرثهم حبسًا.

قُلتُ: يريد: ما بقي منهم أحد، وإلا رجع مرجع الأحباس، ويرد تخريج اللخمي بأنه لا يلزم من رجوعه مرجع الأحباس، وهو على معين كونه كذلك، وهو على وارث لصحته على المعين وفساده على الوارث، ولا يلزم من ثبوت لازم العقد صحيحًا ثبوت لازمه كذلك فاسدًا لجواز كون الصحة هي علاقة اللزوم أو جزؤها ولجواز استلزام المحال المحلل في العقليات فأحرى الظنيات فيستلزم الفاسد نقيض لازم الصحيح، وهو على نفس المحبس وحده باطل اتفاقًا، وفيه مع غيره، ثالثها: إن نص على نفسه صح للمعروف.

ونقل ابن شعبان: دخول من حبس على بني أبيه معهم واختياره.

الباجي: لا يصح وقف الرجل ملكه على نفسه.

وقال ابن شعبان: من حبس على نفسه، وغيره صح حبسه، ودخل معه.

قُلتُ: ظاهر المذهب بطلان كل حبس من حبس على نفسه، وغيره إن لم يحز عنه، فإن حيز صح ما على غيره فقط.

وفي الزاهي لابن شعبان: من حبس على نفسه، وعلى الفقراء، فإن كان فقيرًا وشرط خروجه عنه بغناه، ويعود إلى من معه عاد إليهم إن استغنى أو مات؛ لأن الموت الغنى عنه، وهذا استحسان لا قياس، وإن جعل نفسه معهم على الغنى والفقر بطل جزؤه بموته إن علم قدره؛ كقوله على فقراء بني فلان أو ولد فلان فيعرفون، وإن جعله على الفقراء مطلقًا، فجزؤه لا يعرف، وفي بطلان كل الحُبُس وإمضاء جميعه إذ لا يرد كثير بقليل قولان بأولهما أقول.

وسمع ابن القاسم: من حبس شيئًا في السبيل، وأنفذ فيه زمانًا فله الانتفاع به مع الناس إن كان محتاجًا.

ابن رُشْد: ينتفع به فيما سبله فيه لا فيما سواه من منافعه إن كان من حاجة؛ لأن

الاختيار فيما جعل في السبيل أن لا شيء فيه إلا لأهل الحاجة، فإن استعمله لحاجته لم يكن رجوعًا فيما حبس، ولا عود له في صدقته

وللشيخ في المجموعة من رواية ابن وَهْب وابن القاسم والمتيطي وغيره عن المذهب: ويجوز للمحبس استثناؤه من حبسه ما يسكنه أو ينتفع به حياته على لحوقه بالحبس بعد موته بعقده الأول إن كان ثلث قيمته فأقل وعاينت البينة ما لم يستثنه خاليًا من متاعه، فإن كان أكثر بطل جميعه إن كان باقيه لصغير ولده، وإن كان لغيره صح إن حيز عنه، وإن لم يلحقه به بعقده الأول وأبقاه على أن يلحقه به بعد وفاته فهو وصية بتحبيسه.

وفيها: يكره لمن حبس إخراج البنات من تحبيسه.

وسمع ابن القاسم: من حبس حبسًا على ذكور ولده، وأخرج منه من يتزوج من بناته لا يجوز هو من أمر الجاهلية.

قلت له: فيبطل ويسجن.

قال: نعم.

ابن القاسم: وذلك إن فات فهو على ما حبس.

ابن القاسم: إن كان المحبس حيًا، ولم يحز الحُبُس فسخ، ودخل فيه البنات، وإن حيز أو فات فهو فوت، وهو على ما جعله عليه.

ابن رُشْد: ظاهر قول مالك إبطاله على كل حال خلاف قول ابن القاسم أنه يمضي إن فات وفوته عنده حوزه عن المحبس على ما قاله في هذه الرواية إذ رأى أن الحُبُس يبطل ما لم يحز عن المحبس، ويدخل الإناث فيه ظاهره، ولو كره المحبس عليهم لرعي القول بأن الهبة والصدقة والحبس لا يجب الحكم به حتى يقبض، وعن مالك أنه مكروه فعليه لا يفسخ إلا أن يرضى المحبس عليه بفسخه، وهم كبار.

وقال محمد: ليس ذلك باختلاف من قوله، ومعنى قوله: يفسخه مالم يأب عليه من حبس عليهم، فإن أبو أبقي حبسًا، ولم يفسخ، وإن كان حيًا إلا أن يرضوا، وهم كبار.

قال مالك: إن لم يخاصم رد حبسه حتى يجعله على صواب ظاهره، ولو لم يحز عنه،

وهو على قياس قوله أنه مكروه.

قُلتُ: في قوله: هو على قياس.

قوله: أنه مكروه؛ نظر؛ لأن المكروه إذا وقع أمضي ، ولم يفسخ.

قال: وقال ابن القاسم: إن خوصم أقر على حاله، ومعناه على مذهبه إن حيز عنه وتأويلي على ابن القاسم أنه في فسخه فرق بين أن تحاز عنه أو لا تحاز هو ظاهر قوله: إن كان المحبس حيًا، ولم يحز الحُبُس فسخ، ودخل فيه الإناث، وإن كان حيزا وفات؛ يريد: أو مات بعد أن حيز فقد فات، وهو على ما جعله عليه، وقد تأول على ما حكاه محمد عن مالك وابن القاسم أنه ليس له فسخه، وإن كان لم يحز عنه إلا برضى المحبس عليهم، وقد تأول أن له فسخه، وإن حيز عنه، وأبى المحبس عليهم رعيًا لمن لا يرى إعمال الحُبُس جملة، وهو ظاهر قول ابن القاسم في رسم شك بعد هذا، وفي رسم نذر، وتأول على ظاهر قول مالك في هذه الرواية: أنه يفسخ على كل حال، وإن مات المحبس بعد أن حيز عنه الحُبُس، فيتحصل في المسألة أربعة أقوال هذا، ويفسخه ويدخل فيه الإناث، وإن حيز عنه، وهذا ما لم يحز عنه، فإن حيز عنه لم يفعل ذلك إلا برضى المحبس عليهم، ورابعها: لا يفسخه ويدخل فيه الإناث، وإن لم يحز عنه إلا برضى المحبس عليهم، وذكرها ابن زرقون وقال: الأولان تأولا على قول مالك في سماع ابن القاسم، والثالث ظاهر قول ابن القاسم في سماعه، والرابع قول محمد، وللباجي قبل ذكرها.

ابن زرقون قال: قال ابن القاسم: إن فات ذلك مضى على شرطه، وإن كان حيا، ولم يحز عنه فأرى أن يرده، ويدخل فيه البنات، ونحوه لعيسى عن ابن القاسم، وأنكره سَحنون.

قُلتُ: انظر هل هذا زائد على الأربعة أو هو تقييد لما سوى الأول منها، وأن الثلاثة إنما هي ما لم يمت، فإن مات مضى، وهو أبين.

الباجي: وهذا مبني على ما تقدم من الخلاف فيمن وهب بعض بنيه دون بعض.

قُلتُ: هذا خلاف قول ابن رُشْد إخراج البنات من الحُبُس عند مالك أشد كراهة

من هبة الرجل بعض ولده دون بعض إذ لم يختلف قوله أن هبة الشيء من ماله لبعض ولده دون بعض جائزة، وإن كرهت.

اللخمي: في إخراج البنات من الحُبُس اختلاف.

روى ابن عبدوس كراهته، وروى العتبي: إن أخرجهن إن تزوجن بطل الحُبُس، وقاله ابن شعبان ابن القاسم.

إن حيز أو مات فات، وكان كما شرط، وإلا فأرى أن يفسخه، ويدخل فيه البنات، وقال أيضًا: إن كان المحبس حيًا فليفسخه ويجعله مسجلًا، وإن مات لم يفسخ فجعل له رده بعد الحوز وجعله مسجلًا ما لم يمت، وعلى هذا تجري الصدقة على الذكور فقط أو على بعضهم فعلى الأول تكره، وعلى الثاني تبطل وعلى أحد قولي ابن القاسم تفسخ ما لم تحز وعلى القول الأخر يفسخ ولو حيز.

وروى محمد: لا بأس أن ينحل بعض ماله إنما يكره أن ينحل جل ماله، وفي كون العدل بين الذكر والأنثى بالسوية في القدر أو كالميراث قولا ابن القُصَّار وابن شعبان، وهو أحسن.

ابن شاس: في مختصر الوقار جائز أن يحبس على الذكور دون الإناث، وعكسه.

قُلتُ: ففي الحُبُس على البنين دون البنات مطلقًا أو إن تزوجن أربعة.

ابن رُشْد: وخامسها: جوازه، وسادسها: كراهته، وسابعها: فوته بحوزه، وإلا فسخه، ودخل فيه البنات للوقار، ورواية ابن عبدوس واللخمي عن أول قولي ابن القاسم.

[باب في الحوز المطلق]

وشرطه كجنسه العطية حوزه

وحقيقته رفع خاصية تصرف الملك فيه عنه بصرف التمكن فيه للمعطي أو نائبه[1].

---

(1) قال الرَّصاع: إنما قلت في الترجمة الحوز المطلق؛ لأنه كذلك يظهر من قصده: لأنه قال: وشرطه كجنسه العطية حوزه.

ثم قال: (وحقيقته... إلخ).
قوله: (رفع) صير الجنس رفعًا، وهو كذلك.
قوله: (خاصية تصرف الملك) خاصية تصرف الملك التمكن من الهبة والصدقة والبيع والاستغلال ووضع اليد بكراء، أو غير ذلك.
وقوله: (فيه) أي: في الملك.
وقوله: (عنه) أي: عن المعطي بصرف التمكن متعلق برفع.
قوله: (منه) متعلق بالتمكن، وضميره يعود على المعطي وللمعطي متعلق بالصرف، والضمير في قوله نائبه للمعطي، ويخرج بقوله للمعطي حوز الرهن، ومعناه رفع يد المعطي عن التصرف في الملك ورد ذلك إلى يد المعطي أو نائبه ونائبه إما وكيله أو وصيه أو مقدم قاض، وهذا معنى ما وقع في مواضع وتأمل حد هذا الحوز مع ما ذكر في حد الحوز في الهبة وتأمل أيضًا الحوز في حبس المساجد وغيرها، وما ذكره الفقهاء في حوز المساجد، والقناطر، والآبار، وإن رفع يد المحبس عنها، وتخليته بين الناس وبينها كاف، وأما حوزالحُبُس في غيرها على معين فرفع يده بتسليمه لغيره وعدم عوده إليه لنفعه به نحو ما كان قبل تحبيسه.
(فإن قلت): إذا وهب رجل دارًا، ثم باعها الموهوب له قبل الحوز هل هو حيازة؟
(قُلتُ): قال ابن حبيب وجماعة: أنه حوز.
وقال أَصْبَغ: ليس بحوز، ويدخل ذلك في الرسم على خلاف، وفيه تأمل.
(فإن قلت): لم لم يزد الشَّيخ: عدم عوده إليه لنفعه به في حده، وهو قد ذكر ذلك شرطًا في صحة الحُبُس، فإذا حيز كما ذكر، ثم رجع إليه قبل عام وبقي في يده إلى أن مات فلا يصح حيازة هذا الحُبُس.
(قُلتُ): حده للأعم والحيازة الصحيحة والفاسدة.
(فإن قلت): الحوز المطلق هو المحدود، وهو حوزان حكمي، وفعلي فالفعلي قد حده الشَّيخ في الهبة بقوله: رفع تصرف المعطي في العطية بصرف التمكن منه للمعطي أو نائبه كما مر في الحُبُس، وقد رأيت ما ذكر هذا في الحد للحوز المطلق، وقسمه إلى نوعين عرف كلا منهما بما يخصه، وفي الهبة عرف الحوز الفعلي بما عرف به الحوز المطلق فكيف يقول كما تقدم في الحُبُس.
(قُلتُ): الصواب ما وقع هنا وحقه أن يقول هناك حسًا أو حكمًا.
(فإن قلت): قد وقع في الهبة من تصدق على صغار بنيه بحائط، وأشهد به، وكان في يده يتصرف فيه كتصرفه لنفسه قبل الصدقة بالأكل وغيره حتى مات فالصدقة ماضية، فهذا ليس فيه الرفع المذكور في الحد، وهو حوز.
(قُلتُ): قد تأولوا ذلك على أنه حوز حكمي شرعًا، وفيه رفع، ثم تعدى على غلة ولده حكمًا، وهذه المسألة شهر فيها المتيطي البطلان، وصحح ابن رُشْد صحة الحُبُس، وانظر الحوز الحكمي في الهبة.

[باب في وقت الحوز]

ووقته قبل فلسه وموته ومرضه(1).

[باب في الحوز الفعلي الحسي]

وهو حسي وحكمي فالأول في الصلاة منها: لا يورث المسجد إن كان صاحبه أباحه للناس(2).

اللخمي في كتاب الجعل والإجارة: يريد: إن لم يبحه ورث، وهو أصل كل ما أوجبه الإنسان لله، ولم يعينه لا يجبر على إنفاذه.

ولابن القاسم مرة ما جعله للمساكين في غير عين جبر على إنفاذه فعليه يجبر باني المسجد على إنفاذه، وإن مات قبل اختياره أو كان على إنفاذه فمات قبل حوزه، ففي

(فإن قلت): رسم الشَّيخ للحوز هل يقتضي أنالحُبُس لا يصح على المحبس نفسه؟

(قُلتُ): نعم يلزم ذلك ضرورة أن الحوز من شرط صحته ما ذكر، وقد اشترط في أصله رفع خاصية تصرف الملك من المعطي إلى المعطى والمعطى هنا هو المعطي فلا يمكن الحُبُس؛ لأنتفاء لازمه إذا كانالحُبُس على من حبس، وهذا هو ظاهر المذهب، وكذا إن حبس على نفسه، وغيره إلا أن يحوز الغير، فإنه يصح ما على الغير، ووقع لابن شعبان ما يخالف ما ذكرناه فانظر ذلك، والله أعلم.

(1) قال الرَّصاع: (فإن قلت): هل أجمل في الفلس، فإنه أعم وأخص فهل المراد الفلس الأعم أو الأخص؟

(قُلتُ): مطلق فلس هو المراد هنا لا إن كان أعم، ولا إن كان أخص؛ لأن الأعم يمنع التبرع والأخص يمنع ما منعه الأعم والبيع وما شابهه والمرض يعني به المخوف.

(فإن قلت): هلا استغنى عن الموت بالمرض؛ لأنه إذا منع في المرض المخوف فأحرى بعد الموت.

(قُلتُ): لعله أشار إلى أن الموت قد يكون، ولا مرض، وفيه بحث، والله سبحانه الموفق.

(2) قال الرَّصاع: لما قسم الحوز إلى قسمين بعد تعريف الأول يعني الحسي في الصلاة منها لا يورث المسجد إن كان صاحبه أباحه للناس هذا يدل على أن مراده بالحسي رفع التصرف فعلا من يد المعطي إلى آخر ما ذكر، فإن كان المحبس عليه معينًا فبرفع يد المعطي وتسليمه وعدم عوده إليه كما ذكره عن كتاب الحُبُس، فلو زاد مع الحد للأعم خاصية الحي، وهو الصرف بالفعل لصح ذلك، والله أعلم، وتأمل هذا الفعلي مع ما قدمناه، ونقله عنه في رسمه له في الهبة.

إمضائه حبسًا وجعله ميراثًا قولان من الصدقة إن مات قبل تفريط في حوزها.

وله في كتاب الحبس: حوز المساجد والقناطير والمواجل والآبار رفع يد المحبس عنها وتخليته بين الناس وبينها، وحوز غيرها على معين يرفع يده بتسليمه لغيره، وعدم عوده إليه لنفعه به نحو ما كان قبل تحبيسه.

وفيها: إن حبس في صحته ما لا غلة له كالسلاح والخيل، ولم يخرجها من يده حتى مات فهي ميراث، وإن كان يخرجه في وجوهه ويرجع إليه فهو نافذ، وإن أخرج بعضه دون بعض صح ما أخرج، وما لم يخرجه فهو ميراث.

اللخمي: يصح ما أخرج، ولو قل.

قال: وهو على غير معين كالخيل يغزى عليها، والسلاح يقاتل بها، والكتب يقرأ فيها يصح أن تعود ليد محبسه بعد قبضه، ويختلف إن لم يأت وقت إنفاذه للجهاد أو لم يطلب ما للغزاة لها حتى مات المحبس هل تبطل، ولو كان يركب الدابة في عودها إليه لرياضتها لم تبطل، وإن كان يركبها حسبما كان يفعل المالك بطل، وقراءة الكتب إن صارت إليه خفيف.

قُلتُ: ويكون فيها لحفظها من السوس فيصير كرياضته الدابة.

الصقلي: لأشهب في الموازيَّة والمجموعة: ما كان يرد إليه بعد القفول فيعلف الخيل من عنده، ويرم السلاح، وينتفع بذلك في حوائجه، ويعير ذلك لإخوانه فيموت فهو ميراث.

اللخمي: ما حبس على غير معين لتفرق في آحاده كغلة الحوانيت والثمار وخراج العبيد إن أبانه عنه لمن يقدم عليه، ويفرق غلته صح، وإن أبقاه بيده وجهل إنفاذه غلته بطل، ولو علم صرفه غلته في مصرفها أو جعله على يدي غيره يده وباشر هو صرف غلته مصرفها ففي بطلانها، ثالثها: إن بقي بيده لا إن أسلمه لأشهب مع ابن القاسم وأحد قولي مالك في المبسوط، وثانيهما مع المغيرة ومحمد بن مسلمة ورواية محمد، وعن الصقلي رواية محمد لرواية ابن عبد الحكم.

ابن الحاجب: وإن كان يصرف منفعته في مصرفها، فثالثها فيها: إن كان غلة يصرفها فليس بحوز، وإن كان كفرس أو سلاح فحوز.

قُلتُ: وذكرها ابن شاس روايات، وقبلها ابن عبد السلام وابن هارون، ولا أعرف بطلانها في الفرس، والسلاح إن أخرجها، وعادت إليه لذلك بحال.

[باب في الحوز الحكمي]

والحكمي: حوز ذي ولاية لمن هي عليه[1].

في الهبة منها: والأب يحوز لصغار ولده، ومن بلغ من أبكار بناته ما وهبهم وأشهد عليه، ولا يزول حتى يؤنس رشدهم.

والوصي ومن يحوز أمره عليه كأبيه، وفي الهبة تمامه.

المتيطي: إن عمر المحبس على ابنه الصغير الحُبُس لنفسه، وأدخل غلته في مصالحه، فإن موته يبطل الحُبُس هذا هو المشهور المعمول به.

وقال ابن العطار: لولا اجتماع الشُيُوخ عليه لكان القياس عدم بطلانه بتعديه على غلة وجبت لولده.

المتيطي: ولقول ابن العطار ذهب أحمد بن يبقى.

وفي خامس الثمانية: قال عبد الملك: من تصدق على صغار بنيه بحائط أشهد به فكان بيده يتصرف فيه كتصرفه قبل الصدقة بالبيع، والأكل حتى مات فالصدقة ماضية إلا أن يكون جعل حوزها، والنظر فيها لغيره: فإن فعل فيها فعله قبل الصدقة بطلت.

وقال أَصْبَغ: إنما ذلك إن علم أنه فعله لنفسه انتزاعًا له منه، وإن لم يعلم ذلك فهو على الحيازة أبدًا، ولو طالت حيازتها الأجنبي لهم، ثم رجع الأب لهم فيها يملكها حتى مات لم يبطل ذلك الصدقة أو الحبس.

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (حوز ذي ولاية) يدخل فيه حوز الأب والوصي والمقدم وحقه أن يزيد أو نائبه وكذا حقه أن يزيد ما أعطاه بعد قوله ذي ولاية، وقد نبهنا على هذا في الحوز الحكمي في الهبة، والله سبحانه أعلم، وظاهره أن حوز السفيه لا عمل عليه، وفيه خلاف بين الموثقين.

المتيطي: وفي قول عبد الملك دليل لما ذهب إليه ابن العطار وابن يبقى.

قُلتُ: وفي الهبة من هذا زيادة، وفي بطلان قبض السفيه ما حبس عليه لنفسه وصحته نقل المتيطي عن وثائق الباجي، وعن سَحنون مع الأخوين.

قال: ونزلت أيام القاضي منذر بن سعيد فشاور فيها فأجمع له الجمع من فقهاء بلده بصحته إلا إسحاق بن إبراهيم التجيبي أفتى ببطلانه فحكم بقول الجمع، قاله ابن عاصم.

وفيها: حوز الوصي ليتيمه ما وهبه كأبيه، فإن كانا وصيين، ففي صحة حوز أحدهما له ما وهبه وكونه فيه كأجنبي نقلا المتيطي.

قُلتُ: قد يتخرجان على ما في وصاياها الأول.

قال يحيى بن سعيد: إن كانا وصيين فأوصى أحدهما بماله من تلك الوصية لغير شريكه في الوصية جاز ذلك، وأباه سَحنون.

المتيطي: إن كان الصغير لا ولي له فقدم المحبس أجنبيًا فقبض له جاز ذلك.

قُلتُ: مفهوم قوله: لو كان له ولي لم يصح حوز الأجنبي له، وهو خلاف قولها: من وهب لابنه الصغير العبد هبة لم يكن حائزًا له؛ لأن سيده حازه ماله دون أبيه، فإن جعل الأب هذه الهبة بيد أجنبي يحوزها الصبي كان حوزًا، ولو كره سيده قال: ويصح حوز الحُبُس بعقد كرائه أو مزارعته إن كان بياضًا أو فيه سواد تبع له، وإن تبع بياضه سواده فبمساقاته، ويغني عن حوزه بالوقوف على معاينة نزول المحبس عليه فيها هذا المشهور المعمول به، وقاله ابن العطار وغيره، وحكاه ابن أبي زَمَنَيْن عن بعض الموثقين، وقال عن بعضهم: أنه لغو، ولا يغني عن الحيازة حتى تشهد البينة بنزول المكتري أو المزارع أو المساقي في الأرض، ومعاينة البينة ذلك، وقاله ابن لبابة وغيره قال: والكراء في الأرض لعامين وأزيد أقوى.

ابن العطار: إن عقده لعام واحد ولم يزرع إلا الورقة الواحدة، ومات المحبس قبل أن يعمل الورقة الثانية لم ينفد إلا ما عمل إلا أن يقل ما لم يعمل كالثلث ونحوه فينفد الحُبُس كله.

ابن العطار: وجرت الفتيا بأن تطوف البينة على الأرض.

وتخلي المحبس عنها باللفظ إلى المحبس عليه بمحضر البينة حوز تام، ولو لم تعاين البينة نزوله فيها، وفي الحُبُس والصدقة منها لمالك: إن لم يتمكن المحبس عليه أو المعطى عمارة الأرض، ومات المحبس قبل أوان الحرث، وإمكانه ولم يمكن المحبس عليه منحها وهبتها يعني هبة الانتفاع بها فالحبس نافد، وإن لم يحز.

وقال ابن الهندي: من أعطي ربع كراء أو حرث إن حيز بمعاينة بينة لم يبطل بتركه كراءه أو حرثه إن مات معطيه مطلقًا، وإن لم يحزه بذلك بطل بموته إن ترك كراءه وحرثه بعد إمكان أحدهما لا قبله، وتمام الحوز في الهبة.

[باب في صيغة الحبس]

الصيغة: ما دل على ماهيته قولًا أو فعلًا[1]، لتسميتهم ما يفهم من حال

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (ما دل) يعني الشيء الدال علىالحُبُس قولا مثل الألفاظ المذكورة في ذلك كحبست وأوقفت وغير ذلك.

قوله: (أو فعلا) مثل من بنى مسجدًا، ثم صلى فيه وأباحه للناس فهذا دلالة فعلية قال الشَّيخ: ما معناه، وإنما جعلنا الفعل من الصيغة، وهي راجعة إلى الكلام لتسميتهم ما يفهم من حال الشيء كلامًا، ثم استدل بها وقع فيها إذا أباح المسجد للناس، فإنه حبس.

(فإن قلت): الصيغة عند الشَّيخ المراد بها الكلام اللغوي، ولذا قال: لتسميتهم إلخ، فهلا قال: كلام لغوي دل على الحُبُس.

(قُلتُ): لا يصح ذلك؛ لأن كلام اللغة أوسع من ذلك.

(فإن قلت): هل أجمل في قوله فعلا؟.

(قُلتُ): لا؛ لأنه لما ذكر الدال على ماهيةالحُبُس قولا علم من ذلك أن الفعل لا بد منه مما يدل على الحُبُس.

(فإن قلت): وبناء صورة المسجد هل يلزم بهاالحُبُس أم لا؟

(قُلتُ): ظاهر كلام مُطَرِّف على ما نقله الباجي: أن ذلك لا يلزم به الحُبُس، وفيه نظر، وكان يجب أن يلزم بالبناء، ويتم حوزه بإباحته، وإقامة الصلاة فيه قال: ويحتمل أن لا يلزم به لمن جوز أن يبني مثل هذا البناء مسجدًا لنفسه بداره، وانظر ما هنا من مسائل ألفاظ الحُبُس، والله سبحانه أعلم.

الشيء كلامًا.

في آخر صلاتها الأول: والمسجد حبس لا يورث إن أباحه صاحبه للناس.

الباجي لمُطَرِّف: من بنى مسجدًا، ثم صلي فيه تأبد حبسًا؛ يريد: أباحه لمن صلى فيه، وفي ظاهر قول مُطَرِّف معها: لا يلزم وتحبيسه بمجرد بنائه، نظر، وكان يجب أن يلزم بمجرد بنائه، ويتم حوزه بإباحته، وإقام الصلاة فيه، ويحتمل أن لا يلزم به لمن جوز أن يبني مثل هذا البناء مسجدًّا لنفسه بداره، وما في المسجد من بيت للماء أو لزينة وحصره وآلته وسلاسله وقناديله تبعٌ له.

قُلتُ: ولتشخص متعلق لفظه، وكونه كليًا أثر في دلالته عليه.

الجلاب: مالي حبس في وجه كذا في كونه مؤبدًا، ورجوعه لمحبسه أو وارثه إن انقرض ذلك الوجه روايتان.

ولو قال: وقف تأبد.

ابن رُشْد: معنى لفظ الحُبُس والوقف واحد لا يفترقان في وجه.

وقول القاضي: لا يكون الوقف أبدًا إلا محرمًا غير صحيح لا فرق بين وقفت هذه الدار على فلان، أو حبستها عليه، وفي كون حبسها عليه مؤبدًا، أو يرجع إليه أو إلى وارثه، ثالثها: إن لم يقل حياته لروايتين ومحمد.

اللخمي: إن قال: حبسًا على هؤلاء النفر، وضرب أجلًا أو قال: حياتهم رجع ملكًا اتفاقًا، واختلف إن لم يسم أجلًا ولا حياة.

الباجي: من قال: حبست هذه الدار، ولم يقل على شيء ما صح حبسًا، قاله أشهب ورواه محمد، وذكر قول القاضي في تأبيد لفظ الوقف، ولم يتعقبه، وتعقبه ابن زرقون كابن رُشْد.

وفيها لربيعة: والصدقة على قوم بأعيانهم، ومعناه ما عاشوا، ولم يذكر تعقيبًا فهو تعميم.

اللخمي: إن قال: صدقة على فلان وفلان فهو ملك لهما.

الباجي: لفظ الصدقة إن أراد به تمليك الرقبة فهو هبة، وإن أراد به معنى الحُبُس

فهو كلفظه.

قُلتُ: بقي عليه إن لم يرد أحدهما.

ابن رُشْد: إن قال: صدقة على فلان فهي تمليك اتفاقًا، ولو قال: حبسًا صدقة أو حبسًا لا يباع، ولا يوهب ففيها يتأبد.

ابن رُشْد: قول ابن القاسم فيها: لم يختلف فيه قول مالك غير صحيح.

و روى ابن عبد الحَكم في حبسًا صدقة أنها ترجع ملكًا.

ولابن وَهْب في حبسًا لا يباع ولا يوهب: يرجع ملكًا لاحتمال قوله لا يباع، ولا يوهب حياة المحبس عليه.

قُلتُ: في عزوه لم يختلف فيه قول مالك لابن القاسم نظر؛ لأنه في بعض نسخ المدَوَّنة لسَحنون نصًّا، وفي بعضها ظاهرًا.

قُلتُ: ونقل الباجي عن ابن حبيب: قال ابن الماجِشُون في حبسًا صدقة: هي عمرى إن لم يذكر صدقة تعقيبًا، ولا منع البيع، وقاله ابن كنانة ثالث في اللفظين.

وفي المقدمات لابن رُشْد: ما حبسه على مجهولين غير محصورين كالمساكين أو في السبيل أو على بني زهرة فهو صدقة محرمة مؤبدة اتفاقًا، وما حبسه على محصورين غير معينين كولد فلان أو عقبه أو بنيه أو نسله أو ذريته فهو كذلك إلا أن يقول: حياتهم.

فقال ابن الماجِشُون: ترجع ملكًا بعد العقب والصدقة على غير معينين، ولا محصورين كهذه الدار على المساكين يسكنونها أو يستغلونها حبس لا تباع، وعلى محصورين غير معينين كداري صدقة على فلان، وعقبه في رجوعها بانقراضهم كالحبس أو لآخر العقب ملكًا، ثالثها: هي عمري تورث بذلك على ملك معطيها لرواية ابن عبدوس وغيرها.

قُلتُ: عزا الصقلي الثاني لبعض أصحاب ابن عبدوس، وعزاه ابن رُشْد في رسم سلف من سماع ابن القاسم لسماع أشهب، وعزا فيه الأول لبعض رجال مالك فيها، ولابن عبدوس عن أكثر أصحاب مالك، وعزا عياض الثالث لرواية الجلاب.

اللخمي: روى محمد: إن قال: "صدقة عليك وعلى ولدك أو عليك وعلى عقبك"

كان ملكًا إلا أن يقال: "لا تباع ولا تورث".

محمد: إن عقب الصدقة فهي حبس إلا أن يقول بتلا له ولعقبه، فإن كان بيتًا فله أن ينتفع به.

قُلتُ: يريد بالبيع وغيره.

قال: ولابن القاسم في الموازيَّة: إن قال: "صدقة على فلان وولده"، فهي حبس والأول أحسن أن يكون ملكًا، ومحملها على الموجود من الطبقة العليا؛ لأن أصل الصدقة التمليك لا التعقيب، وكذا إن أدخل العقب يكون للأول هبة منافع، فإن مات كانت لمن بعده، فإن لم يبق إلا بنت أو من لا يولد لمثله كانت ملكًا يجيء الأولون بالذكر، ويقسم على جميعهم.

قُلتُ: ظاهره: إن صارت لبنت أو من لا يولد له قسمت حينئذ، وفيه نظر.

والصواب بقاؤها بيده ينتفع بها ما دام حيًا كمن كان قبله، فإن انقرض قسمت كما ذكر.

قال: وعلى القول الآخر تكون ملكًا لآخرهم، والمعهود من هذا اللفظ التمليك لمن هو موجود من الولد.

وسمع ابن القاسم: من تصدق بدار على رجل وولده فهي ميراث لمن تصدق بها عليه.

ابن القاسم: تورث عنهم كما لو اشتروها.

ابن رُشْد: اتفاقًا إن عرف عدد الولد وأعيانهم، وإن لم يعرفا إلا بعد الإحصاء، والبحث ففي كونهم كذلك، وقسم الصدقة عليهم بقدر الحاجة قولان من ثاني وصاياها.

قُلتُ: ما تقدم لابن رُشْد من الاتفاق في ولد فلان خلاف نقل عياض.

قال: إن جعل لفظ الحُبُس في محصور غير معين يتوقع انقراضه، كقوله على بني زيد أو بني عمرو وولده أو عقبه أو على من يطلب العلم بموضع كذا فهو حبس مؤبد هذا قوله فيها وفي غيرها، واختلف فيه قدماء أصحابه، ونقل اللخمي رواية الجلاب أنه

يعود ملكًا.

وقيل: هي على من وجد كما لو عين، وهو الذي له في المجموعة.

واختلف إن قال: "بنو زيد" هل هو كقوله: ولد زيد فيمن وجد، وفيمن لم يوجد فيكون مؤبدًا.

قُلتُ: قوله: اختلف فيه قدماء أصحابه خلاف نص ابن رُشْد على اتفاقهم أنه مؤبد.

ونقل عياض وهم، إنما ذلك في لفظ الصدقة حسبما تقدم، وما ذكره من نقل اللخمي عن ابن الجلاب صحيح، وفيه على اللخمي تعقب بيانه أنه قال: إن كان الحُبُس على مجهولين فقال: حبس على فلان وعقبه فانقرض ذلك العقب، ففيها لمالك لا يرجع ملكًا، وذكر ابن الجلاب قولًا آخر أنه يعود ملكًا.

قُلتُ: لفظ الجلاب من قال: مالي حبس في وجه كذا، ففيها روايتان حسبما قدمناه. وقوله: في وجه كذا يحتمل أن يريد في وجه معين.

عياض: لو حبس على معدوم بعد موجود غير محصور كقوله: على أولادي وبعدهم للمساكين، ولم يترك ولدًا أو أو أيس له منه، ففي رجوعه ملكًا ونفوذه حبسًا قولا ابن القاسم وعبد الملك، ولو قال: بدل هو حبس هو موقوف، فحكى البغداديون نفوذه حبسًا، ولو كان على معين، وحكى غيرهم من شُيُوخنا: هما سواء وكل ما لا يتأبد مرجعه لمالكه أو وارثه كعمرى.

وما يتأبد في الهبات منها: إن قال: حبس عليك ،وعلى عقبك.

قال: مع ذلك صدقة أو لا، فإنها ترجع بعد انقراضهم لأولى الناس بالمحبس يوم المرجع من ولد أو عصبة ذكورهم وإناثهم سواء يدخلون في ذلك حبسًا، ولو لم تكن إلا ابنة واحدة كانت لها حبسًا لا ترجع إلى المحبس، وإن كان حيًا هي لذوي الحاجة من أهل المرجع دون الأغنياء، فإن كانوا كلهم أغنياء فهي لأقرب الناس بهم من الفقراء.

ابن رُشْد: في أول رسم من سماع ابن القاسم في قصر رجوعه على عصبة المحبس

الرجال ودخول من يرثه من ذوي نسبه من الإناث معهم، ثالثها: يدخل من يرثه منهن لو كان ذكرًا كبنت المولى المعتق لسماع أَصْبَغ ابن وَهْب، وسماع سَحنون ابن القاسم، وللآتي على قياس قولي ابن القاسم في سماعه.

قُلتُ: ظاهرها كسماع سَحنون، وعزا الباجي سماع أَصْبَغ لابن القاسم، وإنما هو لابن وَهْب كنقل ابن رُشْد.

قال ابن رُشْد: وإنما يدخل بعد موت الأقرب من الرجال والنساء فيما فضل عنه أو عنها، وإن كان الرجال والنساء في درجة واحدة فالذكر كالأنثى.

قُلتُ: عزاه الباجي لرواية محمد.

قال ابن رُشْد: وفي دخول الأمهات والجدات، ثالثها: الأم لا الجدة لها لسماع ابن القاسم وعبد الملك مع رواية أشهب، وابن القاسم في الواضحة.

ابن زرقون: تأول على سماع عيسى ابن القاسم دخول الأم دون الجدة، ولا يدخل فيه من لا يشارك المحبس في نسب، ولو كان ذكرا كالأخ للأم اتفاقًا.

وفي لغو مانعية الغناء من الدخول وشرطه بالفقر، ثالثها: إن كان المستحق سكنى، ولا مسكن للغني لرواية ابن نافع بقيد تبدئة الفقير على الغني.

والمشهور مع قول ابن القاسم وروايته فيها وغيرهما.

ابن رُشْد: هذا إن لم يخص المحبس حبسه بالفقير منهم، ولو قال: هو على الفقراء من ولدي وولد ولدي أو على محتاجي إلى فلان وشبهه لم يرجع إلا إلى أقرب الناس به من الفقراء.

الصقلي: إن لم يكن فيهم فقير ردت إليهم إن استووا في الغنى الأقرب فالأقرب، وللشيخ عن ابن القاسم في الواضحة: كل حبس يرجع حبسًا يرجع لأقرب الناس بالمحبس يوم المرجع إن كانوا بناتًا وعصبة فهو بينهم إن كان فيه سعة، وإلا فالبنات أولى، وتدخل معهن الأم لا الجدة للأب، وإن رجع إلى عصبة ذكور دخل معهم أخواتهم، فإن رجع إلى ولد المولى المعتق دخل معهم بناته، فإن كان النساء أقرب من العصبة فقال مالك: يدخلون كلهم إلا أن يكون فيه سعة فيبدأ بإناث ذكور ولده على

العصبة، ثم الأقرب فالأقرب، وإن لم يكن إلا النساء كان كله لهن على قدر الحاجة إلا أن يفضل عنهن.

أَصْبَغ: لا يعجبني قوله: إلا أن يفضل عنهن ما فضل عن سد خلتهن رجع إليهن؛ لأن ذوي الأحباس إذا استووا في الغنى، والحاجة لم يصرف إلى غيرهم من السبيل.

قُلتُ: ولو لم يكن قريب بوجه فهو لمطلق الفقراء لقول اللخمي: المرجع لا شرط فيه هو فيه كحبس لم يبين مصرفه؛ لأن المحبس مات ظانًا أن العقب لا ينقرض فصرف في الأقربين لحديث أبي طلحة[1]، ولذا قال مالك: الذكر كالأنثى، ولو اشترط فيه أن له ضعف حظها، ولو انقرض المحبس عليهم إلا امرأة واحدة اختصت به، ولو شرط أن للذكر ضعف حظ الأنثى؛ لأن معناه: إن كان معها ذكر.

ابن الحاجب: والوقف لازم، ولو قال: ولي الخيار.

ابن عبد السلام: ظاهره لو قال في عقده: حبست داري هذه على الجذماء ولي الخيار لزمه، ولا خيار له، وفيه نظر؛ لأنه إلزام له غير ما التزم.

قُلتُ: في لفظ المؤلف والشارح إجمال لعدم تعرضهما لمتعلق خياره بالذات، والصواب عبارة ابن شاس: لا يقع الوقف إلا لازمًا لو قال: على أني بالخيار في الرجوع عنه وإبطال شرطه لزم وبطل الشرط.

قُلتُ: فهذا واضح على ضروري قواعد المذهب في لغو الشرط المنافي للعقد فيه إن لم يؤثر فسادًا، كقول عتقها الثاني: من أعتق أمته على أن تنكحه أو تنكح فلانًا فهي حرة ولا يلزمها نكاح، ولا أعرف هذا الفرع في المذهب نصًّا إنما ذكره الغزالي في وجيزه فلفظ ابن شاس، وتعقب ابن عبد السلام بقوله: إنه إلزام له غير ما التزم، يرد بمنعه بل هو إلزام له ما التزم؛ لأن حبست إن شاء يجب مدلوله به، فشرطه فيه خياره لا يفيده،

---

(1) أخرجه البخاري: 3/ 257 في الزكاة، باب الزكاة على الأقارب، ومسلم: رقم (998) في الزكاة، باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين والزوج.

كقولها: وإن أعطته شيئًا على أن يطلق ويشترط الرجعة أو خالعها، وشرط إن طلبته شيئًا عادت زوجة أو شرط رجعتها، فشرطه باطل، ولو بين قبل لفظه أن خياره إنما هو في إثباته لا في رفعه عكس ظاهر لفظ ابن شاس: لم يلزمه.

ويؤيده ما ذكره المتيطي، وغيره من الموثقين قال: من أشهد مسترعيًا أنه متى حبس ملكه كذا، ووصفه بما يعينه فهو غير ملتزم له إنما يعقده لتخوفه على نفسه أو عقاره، وليحل عقده عند أمنه لم يلزمه ما يظهر من تحبيسه إياه بعد ذلك، وانفسخ بقيامه بهذا الاسترعاء إن لم يثبت المحبس عليه فيه مدفعًا، ويصدق المسترعي فيما يدعيه من التخوف، وإن لم يعرفه الشهود في الاسترعاء.

قُلتُ: كذا قال غير واحد من الموثقين: وكان يمشي لنا في الإقراء أخذ خلاف ذلك من قولها في العتق الأول أنه لا يقبل قوله فيما يتقيه من التخوف إلا بدليل يدل عليه وهو قولها: ولو مر على عاشر بأمة فقال: هي حرة، وهو لا يريد بذلك حريتها لم تعتق عليه فيما بينه وبين الله.

قُلتُ: فإن قامت عليه بينة أتعتق عليه؟

قال: إن عرف أنه دفع بقوله مظلمة عن نفسه لم تعتق عليه في رأيي وتقرير أخذه إن تقدم قوله أنه غير ملتزم له قرينة دالة على عدم التزامه عقد التحبيس لدفع ضرر يتوقعه فوجب أن لا يقبل قوله فيه إلا بدليل يدل على صدقه أنه غير ملتزم له قياسًا على مسألة العتق بجامع أنه عقد إنشاء ادعى عدم التزامه لقرينة دالة عليه، وهي صدور لفظ إنشائه عند مروره بالجارية على العاشر، وهذه القرينة أقوى من قرينة تقدم قوله: لا أريد به الحبس؛ لأن هذه يمكن كذبها عادة وقرينة المرور على العاشر لا يمكن كذبها عادة.

وسمع ابن القاسم: من لحق عبده بدار الحرب فقال له: اخرج إلي وأنت حر، فلما خرج قال: إنما أردت أن أستخرجك.

قال: إن كان شهد أنه أراد أن يستنقذه فلا عتق عليه وإلا فهو حر.

ابن رُشْد: هذا أصل مختلف فيه.

قال مالك: فيمن له على رجل حق فجحده فصالحه وشهوده غيب فأشهد في السر أنه إنما يصالحه؛ لأنه جحده فخاف ذهاب حقه، وأنه على حقه إن حضرت بينته أن الصلح يلزمه، ولا ينتفع بذلك.

وقال أَصْبَغ: ينتفع في الغيبة البعيدة وللتحرز من هذا الخلاف يكتب في الاصطلاحات، وأسقط عنه الاسترعاء والاسترعاء في الاسترعاء، ومن الكتاب من يزيد ما تكرر وتناهى، ولا معنى له؛ لأن الاسترعاء هو أن يشهد قبل الصلح سرًا إنما يصالح لوجه كذا، وأنه غير ملتزم للصلح والاسترعاء في الاسترعاء أن يشهد أنه لا يلتزم الصلح، وأنه متى صالح، وأشهد على نفسه في كتاب الصلح أنه أسقط عنه الاسترعاء في السر، فإنه غير ملتزم ذلك، ولا يسقط عنه القيام به، فلا يتصور في ذلك منزلة ثالثة.

وهذا الاسترعاء في السر إنما يقع عند من رآه نافعًا فيما خرج على غير عوض، وما خرج على عوض لا ينفع فيه اتفاقًا.

قال ابن الحاجب كابن شاس: ولا يشترط التنجيز كقوله: إن جاء رأس الشهر فهو وقف.

ابن عبد السلام: كمعتق لأجل في الأمة والعبد لا يضره استحداث سيده دينًا قبل الأجل، وذلك يضر عقد الحبس.

قُلتُ: ما قاله ظاهر إن لم يحز الحُبُس عنه، ولو حوزه عنه، فإن بتل منفعته في الأجل لغيره لم يضره حدوث الدين، وإن أبقاها لنفسه بطل بحدوث الدين على المشهور في لغو حوز المستأجر لغيره، وعلى إعماله لا يبطل به.

والروايات واردة بإطلاق لفظ الحُبُس على ما حبس مدة يصير بعدها ملكًا لمن حبس عليه أو على غيره، أو راجع لمحبسه، وهو مجاز لكونه على المؤبد حقيقة اتفاقًا دفعًا للاشتراك.

الشَّيخ في الموازيَّة والمجموعة عن عبد الملك: من قال: داري حبس على عقبي، وهي لأحدهم ملك فهي لآخرهم كذلك، وقيل: ذلك محبسة إن كان آخرهم امرأة فلها

بيعها وهبتها، وإن كان رجلًا يرجى عقبه وقفت عليه إن مات دونه ورثت عنه.

وفي المجموعة: وروى ابن القاسم: من قال لرجلين: عبدي حبس عليكما، وهو للآخر منكما؛ جاز، وكان له ملكًا.

وقاله أشهب: قال: إلا أن يقول: حبس عليكما حياتكما، وهو للآخر منكما فلا يكون له إلا حبسًا عليه حياته.

وفي الموازيَّة: إلا أن يكون قوله: وهو للآخر منكما بعد أن ثبت قوله الأول فلا يكون للآخر إلا حبسًا.

وسمع عيسى ابن القاسم: من حبس بعض ماله على أن مرجعه إليه يجعله حيث شاء فجعل مرجعه في مرضه لوارث لم يجز شيء منه له إلا برضى الورثة لقول مالك: من أخدم عبده رجلًا حياته فجعل مرجعه في مرضه، ولآخر هو في ثلثه.

ابن رُشْد: إن استثنى فيها حبس مرجعه لنفسه ليجعله حيث شاء فهو كقول مالك في المخدم إن صرف في مرضه لوارث بطل، ولغيره هو من الثلث يقوم قيمة صحيحة إن كان رجع وعلى الرجاء والخوف إن كان لم يرجع، ولو استثنى مرجعه لنفسه ليجعله حيث شاء فجعله في مرضه حيث شاء على غير وارث، ففي كونه في ثلثه أو رأس ماله قولا ابن القاسم و أَصْبَغ، وتقدم قولا مالك وابن القاسم فيمن حبس على ولده ولا ولد له فهي محبسة تخرج من يده، وثالثها: نقل الشَّيخ عن المجموعة: قال عبد الملك: من قال: صدقتي هذه على ولدي، ولا ولد له فهي محبسة تخرج من يده ليد ثقة، يوقف فضل غلتها عن مصلحتها إن مات، ولم يلد كانت وغلتها لأولى الناس به يوم حبسها، فإن كان أخًا، ومات قبله فصار أولى الناس به ابن أخ أخذ ورثة الأخ منها تعمير الأخ من يوم حبس ليوم موته، وأخذ ورثة ابن الأخ تعميره من يوم موت الأخ ليوم موت ابن الأخ، وأخذ العم من غلته من يوم موت ابن الأخ ليوم موت المحبس؛ لأنا لو علمنا يوم حبس أنه لا ينسل عملنا هذا إن وجد له ولد، وقد اجتمع منها غلة فلم يأخذوها حتى انقرضوا، ولم يعقبوا هم، ولا أبوهم فالغلة لورثتهم لاستحقاقهم إياها، ولا تكون لأولى الناس بالمحبس.

ومصرفه: إن عين فواضح، وإلا اعتبر عرفه إن كان.

فيها: من قال: داري حبس، ولم يجعل لها مخرجًا نسيانًا أو جهل الشهود أن يذكروه ذلك.

قال مالك: هي حبس في الفقراء والمساكين.

قيل له: هي بالإسكندرية وجل ما يحبس بها في سبيل الله.

قال: يجتهد فيه فيما يرى الوالي، وأرجو له في ذلك سعة.

اللخمي: قال مالك في قوله: داري حبس، ولم يجعل لها مخرجا فذكر ما تقدم.

وقال: قول ربيعة في المبسوط: يسكنها الولد والقرابة والرحم أحسن لحديث أبي طلحة قال: إن أحب أموالي إلي بيرحاء الحديث فأمره ﷺ أن يجعلها في الأقربين، ولا يمنع مالك أن يبتدئ بالأقارب والرحم، ولو قال: حبس في سبيل الله، وقال: نويت كذا صرفه فيه، وإلا ففيها لمالك: يجعل في الغزو.

اللخمي: وقال أشهب: القياس في أي سبيل الخير وضع جاز، وذكر قولها: إن كانت بالإسكندرية. قال: وقال أشهب: يجعل في سبيل الله.

الشَّيخ: في المجموعة لابن كنانة: من حبس دارًا في سبيل الله ليسكنها المجاهدون والمرابطون، ومن مات منهم لم تخرج امرأته حتى تتم عدتها، ويخرج من ليس بمجاهد، ولا مرابط وصغار ولد الميت.

اللخمي: هذا إن كانت للسكنى، وإن كانت للغلة فرق كراؤها على أهل الغزو إن كانت في المواجيز، وإن لم تكن في المواجيز وشأنهم أن يبعثوا إلى أهل الغزو، وكانت دار الغلة والسكنى سواء تبعت غلتها، وإن لم يكن الشأن البعث إليهم سكنها الفقراء إن كانت للسكنى، وفرق كراؤها عليهم إن كانت للغلة، وإن جعلت غلتها في إصلاح المساجد والقناطير أو غير ذلك جاز.

ابن الحاجب: ولا يشترط تعيين المصرف لفظًا لو قال: وقفت صرف إلى الفقراء، وقيل: في وجوه الخير.

قال ابن عبد السلام: ظاهره أنه لا بد من تعيينه قصدًا؛ لأنه إنما نفى شرط تعيينه

لفظًا، وهو خلاف ظاهر المَدَوَّنة من قال: داري حبس فقط، ولم يجعل لها مخرجًا، ومثله في العتبيَّة.

قُلتُ: ظاهر قوله: أن ظاهر لفظ ابن الحاجب أنه لا بد من تعيينه قصدًا إلى آخره، يرد بأن آخر كلامه يدل على خلاف ذلك، وهو قوله: صرف إلى الفقراء؛ لأنه لو كان لا بد عنده من تعيينه قصدًا لما استقام قوله: صرف للفقراء بل الواجب حينئذ أن يقول سئل عن قصده، فإن تعذر صرف للفقراء.

قال: وقوله: وقيل في وجوه الخير بعده خلافًا، وليس كذلك إنما المذهب سؤال المحبس عن قصده فيعمل عليه، فإن تعذر حمل على غالب حبس الناس في تلك الجهة، فإن لم يكن غالب صرف على الفقراء.

قُلتُ: حاصله رده ما ذكر من الخلاف بزعمه نفي الخلاف، وهو مردود بنقل ابن شاس: من قال: وقفت ولم يعين له مصرفًا صرف للفقراء.

قال مالك في المَدَوَّنة: وقال القاضي أبو محمد: يصرف في وجوه الخير.

قُلتُ: فما نقله عن المَدَوَّنة واضح، وما نقله عن القاضي هو نصه في المعونة: من قال: حبسًا فقط صرف في وجوه الخير والبر.

وشبيه المصرف مثله إن تعذر:

في نوازل الشعبي عن ابن المكري: من حبس أرضًا على مسجد فخرب، وذهب أهله وصار ما حوله مزرعة لطول العهد يجتهد القاضي في حبسه بما يراه.

وقال ابن الهندي: توقف عليه لعله يبني وصرفها لغيره تبديل.

الباجي: لو كانت أرض محبسة لدفن الموتى فضاقت بأهلها فلا بأس أن يدفنوا بمسجد بجانبها، وذلك حبس كله، قاله ابن الماجِشُون.

ول أَصْبَغ عن ابن القاسم في مقبرة عفت: لا بأس ببنائها مسجدًا وكل ما كان لله فلا بأس أن يستعان ببعضه على بعض.

ابن الحاجب: لو حبس على زيد وعمرو، ثم على الفقراء، ثم مات أحدهما فحصته للفقراء إن كانت غلةً، وإن كانت كركوب دابة وشبهه فروايتان.

قُلتُ: كذا نقلها ابن شاس، ولا أعلم من نقلها قبله غير القاضي في المعونة، ويؤخذان من قولي مالك فيها: من حبس حائطًا على قوم معينين فكانوا يلونه ويسقونه، ومات أحدهم قبل طيب الثمرة، فجميعها لبقية أصحابه، وإن لم يلوا عملها، وإنما تقسم عليهم الغلة فنصيب الميت لرب النخل، ثم رجع مالك إلى رد ذلك لمن بقي وبهذا أخذ ابن القاسم.

قُلتُ: ففي نقل حظ معين من طبقة بموته لمن بقي فيها أو لمن بعدها القولان بالأول أفتى ابن الحاج، وبالثاني أفتى ابن رُشْد، وألف كل منهما على صاحبه.

قال ابن رُشْد في مسألة من أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الحُبُس ما نصه: وفيها معنى وينبغي أن يوقف عليه، وهو قوله: إن هلك رجل من الورثة الذين أوصى لهم بحظه لولده، وهو قد حبس عليهم، ثم على أولادهم من بعدهم إذ لا يقتضي قوله: على أولادهم أن لا يدخلوا ولد من مات منهم في الحُبُس حتى يموتوا كلهم؛ لأن قوله ذلك يحتمل أن يريد به، ثم على أعقابهم من بعد انقراض جميعهم وأن يريد، ثم على أعقاب من انقرض منهم إلى أن ينقرض جميعهم؛ لاحتمال اللفظ المعنيين معًا بالسوية، وكذلك في عطف كل جمع على جمع، ويجوز أن يعبر به عن كل واحد من الوجهين، وهو بين من قوله تعالى: ﴿كَيْفَ تَكْفُرُونَ بِاللَّهِ وَكُنتُمْ أَمْوَاتًا فَأَحْيَاكُمْ ثُمَّ يُمِيتُكُمْ ثُمَّ يُحْيِيكُمْ﴾ [البقرة: 28]؛ لأنه قد علم أنه تعالى أراد بقوله: ﴿فَأَحْيَاكُمْ ثُمَّ يُمِيتُكُمْ﴾ أنه أمات كل واحد منهم بعد أن أحياه قبل أن يحيي بقيتهم، وأنه تعالى أراد بقوله: ﴿ثُمَّ يُحْيِيكُمْ﴾ أنه لا يحيي منهم حتى يميت جميعهم، والصيغة واحدة فلولا أن كل واحدة منهما محتملة للوجهين لما صح أن يريد بالواحدة غير مراده بالأخرى، وهذا أبين من أن يخفى، فإذا كان قوله على أولاده محتملًا للوجهين وجب أن يكون حظ من مات منهم لولده لا يرجع على إخوته؛ لأن ما هلك عنه الرجل ولده أحق به من إخوته فترجح بذلك أحد الاحتمالين؛ لأن الأظهر من قصد المحبس أن ذلك بينهم على سبيل الميراث فقال: على أعقابهم فلا يدخل الولد مع والده في الحُبُس حتى يموت، ولو أراد أن لا يدخل في الحُبُس حتى يموت والده، وجميع أعمامه المحبس

عليهم مع أبيه لقال: ثم على أولادهم من بعد انقراضهم جميعهم فلا خلاف أعلمه في هذه المسألة نصًّا، ولابن الماجِشُون في الواضحة ما ظاهره خلاف هذا، وهو محتمل للتأويل، وذهب بعض فقهاء زماننا إلى أن الولد لا يدخل في الحُبُس بهذا اللفظ إلا بموت أبيه وكل أعمامه.

قال: لأن ثم تقتضي التعقيب في اللسان العربي دون خلاف وتعلق بظاهر قول ابن الماجِشُون في الواضحة: ولا تعلق به لاحتماله، فقوله خطأ صراح بما بيناه، وإنما يختلف في المذهب إن حبس على جماعة معينين ثم صرف الحُبُس من بعدهم لغير أولادهم من وجه آخر.

فجعل مرجع الحُبُس إليهم بعدهم على ثلاثة أقوال قائمة من المدَوَّنة فيمن حبس حائطه على أقوام معينين مات بعضهم، وبالحائط ثمر لم يؤبر:

أحدها: رد حظ الميت إلى المحبس.

والثاني: رده إلى بقيتهم.

والثالث: إن كان الحُبُس تقسم غلته كالثمرة رجع حظ الميت للوجه الذي جعل المرجع إليه بعدهم، وإن كان لا تنقسم غلته كالعبد يختدمونه، والدار يسكنونها، والحائط يلون عمله رجع حظ الميت إلى بقيتهم.

وحكى القاضي في المعونة: أن الخلاف إنما هو فيما يقسم كالغلة والثمرة، ولا خلاف فيما لا ينقسم كالعبد يختدم، والدار تسكن، وليس ذلك بصحيح.

قُلتُ: كذا وجدته في غير نسخة واحدة من البيان، والذي في المعونة عكس ما نقل عنها.

فيها: إن حبس على جماعة شيئًا، ثم جعله في وجه آخر بعد انقراضهم فمات بعضهم، فإن كان ذلك الشيء يقسم كالغلة فحظ الميت في الذي جعل فيه بعد انقراضهم لا على من بقي، وإن كان مما لا ينقسم كالعبد يستخدم، والدابة تركب ففيها روايتان.

ومن حبس على فلان، ثم على عقبه من بعده، وعقب عقبه، ففي دخول عقب

العقب مع العقب لعطفه عليه بالواو، وكونه بعده على الترتيب لأجل تقدم العطف بثم فتوى ابن القاسم أَصْبَغ بن عبد الله، وابن الحاج مع ابن رُشْد.

تحقيق لفظ المحبس عليه:

ابن رُشْد: ولدي أو أولادي فقط يخص من ولده، ولو بواسطة ليست أنثى هذا قول مالك: وجل أصحابه، وعمه ابن عبد البر، وغيره من المتأخرين في الجميع، وله في آخر مسألة من أول رسم من سماع ابن القاسم.

وقيل: لا يدخل في تحبيسه على ولده إلا ولده لصلبه ذكورهم وإناثهم، قاله غير ابن القاسم في سماع سَحنون فيمن حبس على ابنته، وعلى ولدها.

وعلى سماع أَصْبَغ ابن القاسم من كتاب الوصايا: من أوصى لولد فلان خصت ذكور ولده دون إناثهم بخلاف قوله: لبني فلان هذا يدخل فيه بنو فلان ذكورهم وإناثهم؛ أي: من حبس على ولده اختص بذكور ولده فقط.

قُلتُ: ففي قصر لفظ ولدي وجمعه على ذكور صلبه أو مع إناثهم أو مع ولد ذكورهم ذكرًا أو أنثى، رابعها: هذا مع ولد البنات للتخريج على سماع أَصْبَغ ابن القاسم في الوصية، وقول غير ابن القاسم والمشهور وأبي عمر مع غيره، ويرد أخذ ابن رُشْد، واتباعه ابن زرقون من قول الغير في سماع سَحنون بأنه إنما قاله في قوله: حبسًا على ابنتي، وعلى ولدها، فقال ابن القاسم: يدخل ولدها ذكورهم وإناثهم، فإن ماتوا كان ذلك لأولاد الذكور من ولدها ذكورهم وإناثهم، وكذا قال مالك: يكون على كل من يرجع نسبه للابنة.

وقال غيره: إنما يكون على ولد الابنة دنية من الذكور والإناث إن ماتوا لم يكن لأولاد أولادهم شيء.

قُلتُ: ولا يلزم من عدم تناول لفظ ولد البنت ولده كونه كذلك في لفظ ولده لجواز كون البعد، وعدم لحوق نسبهم به مانعًا من تناوله إياه.

وكون القرب وثبوت النسب إليه مؤثرًا أو جزءًا من المؤثر، وعلى المشهور في دخول الولد مع أبيه في تسوية الأبناء بالآباء وتبدئة الآباء إن استوت حاجتهم، ثالثها:

يبدى من دخل بالنص على من دخل بالمعنى، لا من دخل بالنص على من دخل به، ورابعها: يبدى من دخل بالنص على من دخل بالمعنى، ومن دخل بالنص على من دخل بالنص لا على من دخل بالمعنى على من دخل به، وهذا القول أضعفها؛ لأن نسبة النص للنص كنسبة المعنى للمعنى، وحصلها ابن رُشْد إثر قوله في سماع ابن القاسم قوله في السماع هم مع آبائهم في الحُبُس بالسوية هو نص سماع عيسى ابن القاسم وسماعه يحيى، ونقل سَحنون فيها عن المغيرة خلاف المسألة التالية هذه.

ومعلوم مذهب ابن القاسم وروايتها أن الآباء يؤثرون على الأبناء، ولا يكون للأبناء معهم في السكنى إلا ما فضل عنهم وسواء على قوليهما.

قال: حبس على ولدي، ولم يزد يدخل معهم الأبناء بالمعنى، أو قال: على ولدي وولد ولدي دخلوا معهم بالنص.

وفرق أشهب فقال: إن دخلوا بالمعنى بدي الآباء، وإن دخلوا بالنص لم يبدوا عليهم.

والأقوال الثلاثة فيمن سمي من الأبناء على من لم يسم منهم، ومن سفل منهم ممن لم تتناوله تسمية المحبس فلا يفضل الآباء منهم على الأبناء إن استووا في الحاجة هذا نص قول مالك فيها: لا أعرف فيه نص خلاف فيدخله بالمعنى من متقدم قوله في الموالي يبدأ بالأقرب فالأقرب من ذوي الحاجة إلا أن يكون الأبعد أحوج فيبدأ هذا قول مالك، وهو أحب ما فيه إلي، وفي قوله: أحب ما فيه إلي دليل على الخلاف، وهو قوله في رسم الشريكين بعد هذا أن موالي الموالي يدخلون مع الموالي لا يفضلون عليهم في ظاهر قوله إن استوت حاجتهم.

قُلتُ: في كون هذه الأربعة تحصيل هذا البيان نظر لعسر أخذ رابعها منه بل تحصيله في تفضيل الآباء على الأبناء إن سمى الآباء، ثالثها: ودخل الأبناء بالمعنى، ورابعها: ولو لم يسموا لسماع ابن القاسم مع سماعه عيسى، ونقل سَحنون فيها عن المغيرة وغيره، ومعلوم قول ابن القاسم مع روايتها يؤثر الآباء على الأبناء، وأشهب والتخريج على سماع ابن القاسم من حبس على مواليه بدئ بالأقرب فالأقرب، وفي

نوازل ابن الحاج إن كان عرف بلد القائل حبس على أولادي أنه على الذكور فقط لم يدخل فيه الإناث كعرف زمن عائشة حيث قالت: وتمثلت بقول الله تعالى: ﴿وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَٰذِهِ الْأَنْعَامِ﴾ الآية [الأنعام: 139]، ولو كان العرف كونه على الإناث، لم يدخل الذكور، وإن لم يكن عرف دخل فيه الاختلاف، ولفظ ولدي وولد ولدي أو أولادي وأولاد أولادي رواية ابن وَهْب في المجموعة لا يدخل فيه ولد البنات.

الباجي عن ابن العطار هذا قول مالك، وكانت الفتيا بقرطبة دخولهم، وقضى به القاضي ابن السليم بفتيا أكثر أهل زمانه.

وفي المقدمات: من أدخل من متقدمي شُيُوخنا ولد البنات بهذا اللفظ أو إذا كرر اللفظ ثاله، وعزاه لمذهب مالك أخطأ وجهل الرواية عنه، ويحتمل أنه علمها، وتأولها بحمله قوله: لا يدخل في ذلك ولد البنات فيه على أنه أراد به ولد بنات أبناء المحبس على أصل مذهبه أن ولد البنات ليسوا بولد ولا عقب، وهو تأويل بعيد، ولفظ ولدي وأولادهم أو أولادي وأولادهم في المقدمات.

روى ابن أبي زَمَنَيْن: لا يدخل فيه ولد البنات، وأدخل فيه ولد البنات خاصة دون من تحتهم من ولد بنات البنات من الشُيُوخ من أدخلهم في ولدي وولد ولدي إلا أن يزيد درجة فيقول: وأولاد أولاد أولادي، فيدخلون في الدرجة الثالثة، وكذا كل ما زاد درجة دخلوا إلى حيث انتهى لفظه.

وبإدخالهم هذا اللفظ قضى ابن السليم بفتوى أكثر أهل زمانه، ودخولهم به أبين من دخولهم باللفظ الأول؛ لأن الأول، وهو قوله: ولدي وولد ولدي يخص ولد الذكور من ولده دون إناثهم بوجهين عرف الشرع وعرف الناس، والتخصيص بعرف الشرع متفق عليه.

ولفظ أولادي وأولادهم لا يتخصص إلا بعرف الناس فقط، وهو سماع أَصْبَغ من أوصى لولد عبد الله خص ذكور ولدهم دون إناثهم، والتخصيص بعرف كلام الناس مختلف فيه من قول مالك وغيره فيتخرج دخول ولد البنات في الحُبُس بهذا اللفظ على قول مالك لا يخصص به، وقول الشُيُوخ: إن كرر اللفظ فقال: وأولاد أولاد

أولادي أن ولد بنات بنات المحبس يدخلون إلى انتهاء الدرجات لا يجري على مذهب مالك بحال إنما يتأتي على اتباع ظاهر اللفظ لغةً.

قُلتُ: ظاهر قول الباجي: أن قضاء ابن السليم في اللفظ الذي قبل هذا خلاف نقل ابن رُشْد ولا سيما بعد ذكره الفرق بينهما معنىً، ولفظ أولادي ويسميهم بأسمائهم ذكورهم وإناثهم، ثم يقول وعلى أولادهم.

في المقدمات: ما يدخل فيه ولد البنات على مذهب مالك وأصحابه المتقدمين والمتأخرين إلا ما روي عن ابن زَرْب، وهو خطأ صراح فلا يعد خلافًا؛ لأنه لم يقله برأيه بل قاله بقياس فاسد على ما ذهب إليه من تقليد غيره؛ لأنه كان يفتي بما عليه الجماعة من دخول ولد البنات إلى أن نزلت، فقال: رأيت لموسى بن طارق قاضي زبيد أنه سأل مالكًا عمن حبس على ولده، وولد ولده فقال: ولد البنات في هذه المسألة ليسوا بعقب لا أعلم فيه خلافًا بين أهل المدينة فرجع عن قوله، وأشهد على رجوعه فكان من قوله في القائل: على ولدي فلان وفلان وفلانة وعلى أعقابهم وأعقاب أعقابهم أنه لا شيء لولد فلانة فقوله على أولادي وأعقابهم وفيهم أنثى.

قال: فكذا إذا قال: على ولدي فلان وفلان وفلانة وعلى أعقابهم لاحتمال عود الضمير إلى الذكر من دون البيت، والذي قاله الجماعة من عوده على جميعهم هو الصواب.

ورجوع ابن زَرْب لأجل الرواية التي حكاها غلط بين؛ لأنها إنما هي فيمن حبس على ولده وولد ولده، وهي غير التي رجع عن جوابه فيها؛ لأن وجه الرواية ما بينه من اعتقاد الناس أن الولد خاص بالذكر بل لا يعرف صدق لفظ الولد على الذكر والأنثى إلا الخاص من العلماء، ولا يمكن أن يقال إن أحدًا من الناس يجهل أن ضمير الجمع يرجع إلى جميع المذكورين بل الكثير منهم يعتقد أنه لا يصح رجوعه إلى بعضهم، وذهب إليه كثير من العلماء فقالوا: في عموم آي القرآن المخصصة بغيرها أنها منسوخة، ومعنى آخر: وهو احتمال كون مالك رأى أن لفظ ولد الولد لا يقع إلا على من يرجع نسبه إليه، ولا يمكن أن يقول أحد إن ضمير الجمع يعود على بعض المذكورين إلا إذا

قام عليه دليل كقوله تعالى: ﴿يَٰمَعۡشَرَ ٱلۡجِنِّ وَٱلۡإِنسِ أَلَمۡ يَأۡتِكُمۡ رُسُلٞ مِّنكُمۡ يَقُصُّونَ عَلَيۡكُمۡ ءَايَٰتِي﴾ [الأنعام: 130] ضرورة العلم بأنه تعالى لم يبعث من الجن رسولًا.

وقول ابن عبد السلام وغيره قول ابن الحاجب.

قال الباجي: أخطأ ابن زَرْب خطأ في العزو لجهله اصطلاح ابن شاس في إطلاقه لفظ الشَّيخ أبي الوليد على ابن رُشْد، ولفظ القاضي أبي الوليد على الباجي.

و تقدم الكلام عليه في المزارعة.

ولفظ: أولادي ذكورهم وإناثهم، ولم يسمهم بأسمائهم، ثم قال: وعلى أعقابهم.

في المقدمات: ظاهر المذهب دخول ولد البنات في ذلك بخلاف لفظ: أولادي، ولم يذكر لفظ ذكورهم وإناثهم لما قلنا من أن لفظ الأولاد لا يوقعه الناس إلا على الذكور دون الإناث.

واستدل بعضهم من رواية الموازيَّة: من حبس على ولده الذكر والأنثى، وقال: من مات منهم فولده بمنزلته لا شيء لولد البنات، أن لا شيء لولد البنات واستدلاله ضعيف.

ووجه هذا القول إن سلمنا استدلاله على ضعفه أن يحمل قوله: وأعقابهم، على أنه إنما أراد أن يبين أنه لم يرد أن يخص بحبسه بنيه الذكور والإناث دنية دون من تحتهم من بني البنين لا إدخال من لم يتناوله لفظ الولد الذكران والإناث، وإذا لم يسلم الاستدلال فالفرق بين المسألتين أن تحمل هذه المسألة على ظاهرها، ويحمل قوله في رواية محمد: من مات منهم فولده بمنزلته على التفسير لما تناوله اللفظ الأول.

ولفظ البنين في المقدمات حكم قوله: على بني أو على بني وبني بني أو على بني وبنيهم، كحكم لفظ الولد على القول إن لفظ جمع المذكر يدخل فيه المؤنث، وعلى عدمه ينفرد الذكور من بنيه وبني بنيه دون الإناث.

قُلتُ: في الزاهي لابن شعبان لو قال: على بني لم يدخل فيه المؤنث، وعلى عدمه ينفرد المذكور عن بنيه وبني بنيه هو وبناته ودخل فيه بنو بنيه فقط، وقيل: يدخلن لقوله تعالى ﴿يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ لَا يَفۡتِنَنَّكُمُ ٱلشَّيۡطَٰنُ﴾ [الأعراف: 27] لدخول البنات فيه.

ابن رُشْد: ولو قال: على بني ذكورهم وإناثهم سماهم أو لا وعلى أعقابهم فهو على ما تقدم في الولد.

قُلتُ: قوله: على القول: إن لفظ جمع المذكر يدخل فيه المؤنث، وعلى عدمه ينفرد الذكور دون الإناث خلاف إطلاق الرواية.

قال الشَّيخ: وظاهره من المجموعة: قال مالك: من تصدق على بنيه وبني بنيه دخل فيه بناته وبنات بنيه.

وسمع عيسى ابن القاسم: من حبس على بنات له دخل فيه بنات بنيه الذكور.

وذكره الباجي ولم يقيده قال: وقوله ﷺ في الحسن: **«ابن ابني هذا سيد»**[1] مجاز وثناء عليه، ولفظ العقب في المقدمات هو كلفظ الولد اتفاقًا.

قُلتُ: وعزاه الشَّيخ لرواية ابن القاسم في المجموعة.

ولابن حبيب عن الأخوين قال: قال ابن الماجِشُون: فجميع ذلك أن كل ذكر أو أنثى حالت دونه أنثى فليس بعقبه، وقاله مُطَرِّف.

ولفظ النسل والذرية في عدم دخول ولد البنات فيهما:

ثالثها في النسل للمقدمات عن بعض الشُيُوخ عن الجاري على مذهب مالك، وبعضهم، وابن العطار.

الباجي عنه: النسل كالولد والذرية تشمل ولد البنات اتفاقًا لقوله تعالى: ﴿وَمِن ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ وَسُلَيۡمَٰنَ﴾ إلى قوله: ﴿وَعِيسَىٰ﴾ [الأنعام: 84-85]، وهو ولد بنت.

ابن رُشْد: وهو استدلال صحيح في أن ولد الرجل من ذريته، وكذا يقول في نسله، وعقبه كما أنه من ولده خلاف ما ذهب إليه.

قُلتُ: يرد استدلال ابن العطار بأنه لا يلزم من ثبوته في عيسى عليه السلام ثبوته في مسألة النزاع؛ لأنه إنما ثبت في عيسى لعدم أب له يحوز نسبه، ولا يلزم من ثبوته فيمن

(1) أخرجه البخاري: 5/ 225 في الصلح، باب قول النبي ﷺ للحسن بن علي: إن ابني هذا سيد، ولعل الله أن يصلح به بين فئتين عظيمتين.

لا أب له يحوز نسبه إليه ثبوته فيمن له أب يحوز نسبه، ولاعتبار هذا المعنى من حيث ذاته كان المذهب في ولد الملاعنة المعتقة جرها ولاء ولدها لمعتقها ما دام غير مستلحق، فإن استلحقه أب بطل جرها، وشاع في أوائل هذا القرن على ما بلغني الخلاف فيمن أمه شريفة وأبوه ليس كذلك هل هو شريف أم لا؟

فأفتى الشَّيخ أبو علي منصور المدعو بناصر الدين من فقهاء بجاية بثبوت شرفه وتبعه جل أهل بلده.

وأفتى الشَّيخ أبو إسحاق بن عبد الرفيع قاضي بلدنا تونس بعدمه.

وسمعت شيخنا ابن عبد السلام يصرح بتخطئة مثبته متمسكًا بالإجماع على أن نسب الولد إنما هو لأبيه لا لأمه.

وقاله بعض من لقيت من الفاسيين: وقال: يلزم عليه أنه لو تزوج يهودي أو نصراني بعد عتقه وإسلامه شريفةً أن يكون ولده منها شريفًا، وهذا لا يقوله منصف أو مسلم؛ أنا أشك.

وألف الفريقان في المسألة وأقوى ما احتج به الأولون تمسكهم بما تمسك به ابن العطار: وبأن أصل الشرف من فاطمة ﵂، وهو بنسبة الأمومة لا بنسبة الأبوة.

قُلتُ: والحق أن ابن الشريفة له شرف ما عن منزلة من أمه ليست بشريفة لا الشرف العرفي، وتمسكهم بما تمسك به ابن العطار يرد بما تقدم.

وتمسكهم بالقياس على ثبوته بالنسبة إلى فاطمة بجامع أنه شرف ثبت بولادة الأم يرد بأنه إنما ثبت بهذه النسبة فيمن ثبتت نسبته إليها بنسبة الأبوة، فكان هذا الشرف الثابت في صورة الإجماع ثابتًا بالنسبة إلى فاطمة ﵂ الثابتة النسبة إليها بالنسبة إلى الأب فحينئذ لا يلزم ثبوته في المقيس؛ لأنه إنما يتصور ثبوته فيه بالنسبة إلى فاطمة ﵂ بالنسبة إلى الأم لا إلى الأب، وهذه النسبة الثابتة في المقيس أضعف من النسبة الثابتة في الأصل؛ لأنها فيه بالنسبة إلى الأم، وهي فاطمة ﵂، وبالنسبة إلى الأب، وهو أبو الولد المتكلم في شرفه الثابت نسب أبيه إلى الحسن أو الحسين ﵄ بالنسبة إلى الأب، وهي في المقيس ثابتة بالنسبة إلى الأم، وهي فاطمة ﵂ وبالنسبة إلى الأم أيضًا، وهي أم الولد المتكلم في

شرفه فهي في الأصل أقوى، وفي المقيس أضعف، وذلك فرق واضح يقدح في القياس المذكور، ويؤكد صحة هذا الفرق اتفاق العلماء فيما علمت في باب الترجيح على أن نتيجة الدليل الذي هو إحدى مقدمتيه ظنية، والأخرى قطعية أرجح من نتيجة الدليل الذي مقدمتاه معًا ظنيتان.

ولفظ إخوتي في الزاهي لابن شعبان يشمل إخوته، ولو لأم فقط ذكورهم وإناثهم لقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ [النساء: 11]، ولفظ رجال إخوتي ونساؤهم فيه يشمل أطفال ذكورهم وإناثهم، ولفظ بني أبي فيه يشمل إخوته لأبيه وأمه ولأبيه فقط والذكر من أولادهم مع ذكور ولده؛ لأنهم من بني أبيه.

زاد ابن شاس: وهذا يشعر بعدم دخول الإناث تحت قوله: بني خلاف ما تقدم في الرواية في لفظ البنين.

قُلتُ: ووهم ابن الحاجب في عزوه هذا التعقب للتونسي؛ لأنه نص لابن شاس كما تقدم، ولو قال: وهو التونسي كان سبب الوهم ظنه أن أبا إسحاق هو التونسي كما اتفق له مثل هذا في غير هذا الموضع من كتابه.

وأخل ابن الحاجب بالنص على دخول ولده الذكور معهم، وأجاب ابن عبد السلام عن تعقب ابن شاس بأن لفظ بني يطلق بمعنى الحنان والشفقة وذلك قرينة في إدخال البنات.

ولفظ بني أبي إنما يستعمل عرفًا عند المفاخرة والتعصب والمحامات، وهذا لا يناسب إرادة المؤنثات.

قُلتُ: إن رد بأن إدخال صغار إخوته حال كونهم صغارًا في قوله: رجال إخوتي يبطل إيجاب قرينة إرادة التناصر إخراج من لا نصرة له فيه أجيب بأن المراد النصرة، ولو بالقوة العادية، وهي حاصلة في الصغير لا في الأنثى.

والحق إن كان المعتبر عند ابن شعبان الإطلاق لغةً فالتعقب لازم، وإن كان المعتبر الإطلاق عرفًا فجوابه تام، ولكن ظاهر كلام ابن شعبان اعتبار الإطلاق اللغوي أو الشرعي لا العرفي، ولذا لما ذكر الباجي قوله في الأصل قال إثره: وهذه المعاني، وردت

مجازًا، ومقتضى مذهب مالك اعتبار حقائقها أو عرف استعمالها.

قُلتُ: فخص مالكًا باعتبار العرف دون ابن شعبان، فحينئذٍ يكون التعقب لازمًا.

ولفظ آلي وأهلي: قال الباجي عن ابن القاسم: الآل والأهل سواء هم العصبة والبنات والعمات لا الخالات.

الباجي: يريد: العصبة، ومن في تعددهم من النساء.

قُلتُ: فتدخل بنات العم، ولو بعدن قال: هذا المشهور.

ولابن شعبان: هم من هو في جهة الأبوين، ولو بعد.

قُلتُ: لفظ ابن شعبان من كان من جهة أبيه أو أمه، ولو بعد.

ولفظ القرابة: قال الباجي: روى ابن الموَّاز وابن عبدوس: من أوصى لأقاربه قسم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد.

وفي العتبيَّة: لا يدخل فيه ولد البنت، ولا ولد الخالة.

ولابن عبدوس عن ابن كنانة: تدخل فيه العمة والخال والخالة وبنت الأخ وبنت الأخت.

وروى علي: يدخل فيه أقاربه من قبل أبيه وأمه.

أشهب: يدخل فيه كل ذي رحم محرم، ولو غير رحم من قبل الرجال والنساء، ويلزم من أدخل بني الأخت أن يدخل بني الخالة إلا أن تكون لجهة الأب مزية.

قُلتُ: في كتاب الوصايا: سمع عيسى رواية ابن القاسم: من أوصى لأقاربه بثلث ماله فهو لقرابته من قبل الرجال، ولا شيء لقرابته من قبل الأم إلا أن لا يكون له قرابة من قبل الرجال.

ابن رُشْد: إن لم يكن له يوم أوصى قرابة من قبل أبيه فالوصية لقرابته من قبل أمه اتفاقًا، فإن كانا معًا ففي دخول من هو من قبل أمه قولا أشهب وابن القاسم مع روايته.

المتيطي: في عدم دخول قرابته من النساء ودخولهم بكل حال، ثالثها: إن لم يبق من قرابته من الرجال أحد دخلوا لابن القاسم، ورواية الأخوين مع قولها، ونقله ابن

حبيب عن كل أصحاب مالك وعيسى بن دينار.

ولفظ الموالي في قصره على موالي عتاقته فقط أو مع أولادهم ومواليهم أو مع موالي أبيه وابنه، ولو بعد أو إخوته، رابعها: وموالي عصبته لابن رُشْد في سماع ابن القاسم من كتاب الحُبُس عن سماع أَصْبَغ ابن وَهْب في الوصايا، وسماع ابن القاسم أول قولي مالك، وثانيهما: قول غير ابن القاسم في المجموعة يدخل فيه موالي ولد الولد والأجداد والأم والجدة، ونقله مع تخريجه على الثالث.

قال: وقول الغير: وموالي الأم والجدة؛ يريد: أم الأب وأم الجد لا أم الأم ولا أم الأب؛ لأن النساء لا يرثن الولاء، وفي دخول المولى الأعلى مع الأسفل إن لم يقم دليل على إرادة أحدهما قولان لأشهب، ونص وصاياها.

قال أشهب: فإن كان كل منهما ثلاثة فأكثر أو أقل منها قسم الحُبُس أو الوصية بينهما نصفين، ولو كان عدد أحدهما أكثر من الآخر، فإن كان عدد أحدهما أقل من ثلاثة اختص به الآخر.

ابن رُشْد: لو قيل: يقسم على عددهم ما كانوا إن استووا في الحاجة كان له وجه، وهو أظهر من قول أشهب وكون أهل أحدهما أغنياء دون أهل الآخر دليل إرادة الفقراء فقط.

الباجي: قال مالك: يدخل في مواليه موالي مواليه وابنه وأبيه، وروى ابن وَهْب وأولاد مواليه.

وفي المجموعة: وموالي ولد الولد والأجداد والأم والجدة والإخوة لا موالي بني الإخوة والعمومة.

قال ابن الحاجب: وعلى مواليه روي مواليه الذي أعتقهم فقط وأولادهم، وروي موالي أبيه وابنه ورجع إليه، وروي موالي أبيه وابنه ورجع إليه، وروي وموالي مواليه، وروي وموالي الجد والجدة والأم والأخ، فقبلها ابن عبد السلام وجعل تغايرها بما زادته كل رواية على ما قبلها، وهذا يوجب وجود رواية بقصره على معتقيه وأولادهم دون موالي مواليه وجده رواية بقصره على مواليه وأولادهم وموالي أبيه وابنه دون موالي

مواليه، ولا أعرف من نقلها، فإن ثبتتا كانت الأقوال ستة أربعة ابن رُشْد وهاتان.

ابن رُشْد: ومن دخل منهم على قول قائل بدئ منهم الأقرب على الأبعد إلا أن يكون أحوج كما قال في أول رسم من سماع ابن القاسم، وظاهر سماعه في رسم الشريكين مساوات الأبعد الأقرب.

ولفظ القوم: قبل الباجي قول ابن شعبان هو خاص بالرجال العصبة دون النساء لقوله تعالى: ﴿لَا يَسْخَرْ قَوْمٌ مِّن قَوْمٍ﴾، ﴿وَلَا نِسَاءٌ مِّن نِّسَاءٍ﴾ [الحُجُرات: 11].

وقول زهير:

أقــــوم آل حـــــصن أم نــــساء

ابن شعبان: ولفظ أطفال أهلي وصيبانهم وصغارهم يخص من لم يبلغ ذكرا أو أنثى، ولفظ شبانهم وأحداثهم يخص من بلغ منهم، ولم يكمل الأربعين، ولفظ كهولهم يخص من جاوز الأربعين منهم إلى أن يكمل الستين.

ولفظ شُيُوخهم: يخص من جاوز الستين منهم، ولفظ أراملهم فيه الرجل الأرمل كالمرأة الأرملة.

قال الشاعر:

هذي الأرامل قد قضيت حاجتها ... فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر

وأما الوصايا والأحباس على المتعارف بين الناس.

قُلتُ: والبيت لجرير، في الاكتفاء لابن كردبوس جاءت طائفة من الشعراء فأقاموا بباب عمر بن عبد العزيز أياما لم يؤذن لهم حتى قدم عدي بن أرطأة، وكانت له مكانة فتعرض له جرير، فقال:

يأيها الرجل المزجي مطيته ... هذا زمانك إني قد خلا زمني

أبلغ خليفتنا إن كنت لاقيه ... أني لدى الباب كالمصفود في قرن

وحش المكانة من أهلي ومن ولدي ... نائي المحلة عن داري وعن وطني

فقال: نعم، أبا حزرة فدخل على عمر فقال: يا أمير المؤمنين إن الشعراء ببابك، وأقوالهم باقيةٌ، وسهامهم مسمومةٌ.

قال: يا عدى ما لي وللشعراء.

قال: يا أمير المؤمنين إن النبي ﷺ مدح فأعطى، وفيه الأسوة لكل مسلم، مدحه عباس بن مرداس فكساه حلة قطع بها لسانه.

قال: وتروى؟

قال: نعم

رأيتك يا خير البرية كلها ... نشرت كتابا جاء بالحق معلما

سننت لنا فيه الهدى بعد جورنا ... عن الحق لما أصبح الحق مظلما

... الأبيات.

قال له: فمن بالباب؟

فقال له: ابن عمك عمرو بن أبي ربيعة.

قال: لا قرب الله قرابته، ولا حيا وجهته، أليس هو القائل:

ألا ليت أني يوم تدونوا منيتي ... شممت الذي ما بين عينيك والفم

وليت طهوري كان ريقك كله ... وليت حنوطي من مشاشك والدم

وليت سليمى في القبور ضجيعتي ... هناك أو في جنة أو جهنم

والله لا دخل علي أبدا فمن بالباب غيره؟

قال: جميل.

قال: هو القائل، فذكر من شعره نحو ما تقدم: لا دخل علي أبدا فمن بالباب غيره؟

فقال: كثير عزة، فذكر من شعره نحو ما تقدم، وقال: لا يدخل علي فمن بالباب غيرهم؟

قال: خالك الأحوص الأنصاري، فذكر من شعره نحو ما تقدم،

وقال: لا يدخل علي فمن بالباب غيرهم؟

قال: الفرزدق همام بن غالب فذكر من شعره نحو ما تقدم،

وقال: لا يدخل علي فمن بالباب غيرهم؟

قال: الأخطل فذكر من شعره ما نسب فيه لنفسه فعل الكبائر،

وقال: لا وطئ لي بساطًا أبدًا، فمن بالباب؟

قال: جرير.

قال في شعره عفة فأذن له.

قال: فخرجت وأذنت له فلما مثل بين يديه.

قال له: اتق الله أبا حرزة، ولا تقل إلا حقا. فقال:

كم باليمامة من شعثاء أرملة ... ومن يتيم ضعيف الصوت والنظر
ممن يعدلك يكفى بعد والده ... كالفرخ في العش لم يدرج ولم يطر
إنا لنرجو إذا ما الغيث أخلفنا ... من الخلافة ما نرجو من المطر
أتى الخلافة إذ كانت له قدرا ... كما أتى موسى ربه على قدر
هذي الأرامل قد قضيت حاجتها ... فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر

فقال: يا جرير، والله لقد وليت هذا الأمر، وما أملك إلا ثلاثمائة درهم، مائة أخذها ابني عبد الله، ومائة أخذتها أم عبد الله، يا غلام، أعطه المائة الباقية، فقال: يا أمير المؤمنين، إنها لأحب مال كسبته إلي، وخرج، فقال له الشعراء: ما وراءك؟

فقال: خرجت من عند أمير يعطي الفقراء، ويمنع الشعراء، وإني عنه لراض، وأنشأ يقول:

رأيت رقى الشيطان لا يستفزه ... وقد كان شيطاني من الجن راقيا

قلت: قوله: "كما أتى ربه موسى على قدر" كان بعض أشياخنا الصلحاء يمنع هذا

التشبيه، ويراه خلاف ما يجب من الأدب لمقام الأدب النبوءة.

قُلتُ: وفيه دليل على جواز حفظ الشعر المشتمل على نسبة قائله لنفسه ما لا يحل فعله، ولو في الكبائر إذا كان فيه مصلحة من استشهاد به أو تجريح قائله، وعزو ابن هارون بيت هذي الأرامل للخطئية، وهمٌ تبع فيه ابن شاس.

قال: وحكم الوقف اللزوم في الحال إن نجزه، ولم يضفه لمستقبل من قوله أو غيره.

قُلتُ: حكم ما عقد منه اللزوم مطلقًا نجزه في الحال أو إضافة لمستقبل، وإنما المنقسم فيه إلى الحال والاستقبال التنجيز لا اللزوم فعبارة ابن الحاجب أحسن، وهي وحكم مطلقة التنجيز ما لم يقيد باستقبال.

قُلتُ: هذا هو المعروف في لزوم العطية بالعقد، وعلى نقل ابن زرقون والمازري عدم لزومها به عن روايتي ابن خويز منداد والطحاوي لا يلزم الحُبُس بعقده، وهو خلاف نقل ابن رُشْد في رسم الشجرة لا خلاف في المذهب أن من حبس أو وهب أو تصدق أنه لا رجوع له في ذلك، ويقضى عليه بذلك إن كان لمعين اتفاقًا ولغير معين باختلاف، والقولان فيها على اختلاف روايتها وتقدم وقف تمامه على حوزه.

الباجي: حكى أبو تمام عن المذهب أن الصدقة والحبس يتمان بالقول دون حوز والهبة تفتقر إليه، وهو كالعطية من رأس المال إن حيز في صحته، ومن ثلثه إن أحدثه في مرضه، وفيما تأخر حوزه لمرضه، وأحدثه في صحته خلاف مذكور في الهبة.

الشَّيخ: روى ابن عبدوس من قال: هي حبس عليك حياتي، ثم هي في السبيل فهي من ثلثه، وقاله ابن القاسم وأشهب وعن أشهب: في هذا الأصل أنها من رأس ماله.

قُلتُ: وفي نوازل ابن الحاج عقب ذكره القولين، ولو قال: هي لك في حياتي، ثم هي في سبيل الله كانت من رأس ماله اتفاقًا.

قُلتُ: لأن لفظ الحُبُس يقتضي بقاء ملك المحبس، وإسقاطه بمفتقر سقوط ملك المعطي.

وأفتى ابن رُشْد فيمن حبس حبسًا على ابنته، وعقبها على إن ماتت، ولا عقب لها أو مات عقبها في حياته رجع إليه، وإلا فهو لأقرب الناس منه أنه من الثلث، ويدخل سائر ورثته على ابنته إن مات قبلها فيه إن حمله الثلث أو ما حمله منه.

قُلتُ: لأنه على وارث مرجعه لغير وارث، وكرواية محمد سمع ابن القاسم.

ابن رُشْد: عن ابن لبابة إن مات المحبس عليه قبل المحبس فالأول، وإن مات بعده فالثاني، والأولان بناء على أن الإعطاء المبتل الموقوف قبض المعطي العطية على أمر هو قبل وجود ذلك الأمر على ملك المعطي لأجل، وقف تقيده على أمر لم يوجد بعد أو هو على ملك المعطي لجزمه في العقد بتبتيله، وخرج عليه قولي مالك فيمن أخذ من عبده رجلا، ثم هو الآخر فقتل أو جرح أو مات عن مال هل قيمته وأرش جرحه وماله لمعطيه أو لمن له مرجع رقبته.

واختلف قول ابن القاسم كمالك، ولو حبس حبسًا معقبًا شرط فيه رجوعه إليه بعد انقراض كل العقب، وبقي بيده إلى أن توفى كان في ثلثه لا من رأس مال، ونزلت أيام منذر بن سعيد فحكم به بعد فتوى اللؤلؤي به مع كل أهل الفتوى حينئذ، وخالفهم إسحاق بن إبراهيم التجيبي في وجع في ذلك فلج في مخالفته عقله.

ابن فتوح والمتيطي عن ابن الهندي: وولد الحيوان الحُبُس مثله.

سمع ابن القاسم: ما ولد بقرات حبست قسم لبنها في المساكين من أنثى حبست معها ورد ثمنها في إناث أو في علوفتها.

ابن رُشْد: هذا كقولها: ما ضعف من دواب حبس السبيل أو بلي من ثيابه، فذهبت منفعته بيع ورد من ثمن الدواب في خيل، فإن لم يبلغ ثمن فرس أو هجين أو برذون أعين به في ثمن فرس ورد ثمن الثياب في ثياب، فإن قصر عن ثمن ما ينتفع به فرق في السبيل خلاف رواية منع بيع ذلك، وأنه لو بيع لبيع الربع المحبس، وهو قول ابن الماجِشُون: من حبس غلامًا فكبر أو تخلف فكثرت سرقته وإباقه لم يجز بيعه ليشتري بثمنه مكانه، وكذا البعير والتيس إن انقطع حزابه لكبره لم يبع ليشتري بثمنه غيره مكانه إلا أن يكون المحبس شرط ذلك في حبسه، وهذا الخلاف إنما هو في بيعه ليشتري بثمنه

غيره يكون مكانه، وأما بيعه فيما يلزم من رعيها وعلفها فجائز اتفاقًا فما انقطعت منفعته إن لم يرج عودها وأضر بقاؤه للنفقة عليه جاز بيعه، وما رجي عود منفعته، ولا ضرر في بقائه منع بيعه اتفاقًا فيهما، وما لم يرج عود منفعته، ولا ضرر في بقائه مختلف فيه، ومنه الربع الخرب.

[باب المستحق من الحُبُس لمن عليه حبس]

والمستحق لمن عليه حبس منفعته، وهي أخص من الانتفاع به لاختصاص ملك المنفعة جواز بيعها دون ملك الانتفاع إلا أن يشترط المحبس قصر استحقاق المحبس عليه على الانتفاع فقط أو يقتضيه عرف تقرر كحبس مدارس العلم على طلبته وزوايا الفقراء[1].

وفيما تجب به الثمرة لمن حبست عليه اضطراب.

سمع ابن القاسم: من تصدق على ثلاثة نفر بثمر حائطه فمات أحدهم بعد أن أبروها فهي بينهم؛ لأنه قد أبر وسقى، ثم نزلت فقضي أن لا شيء لمن مات إن كان حبسًا، وإنما يكون لوارثه لو مات بعد طيبها، ولو كانت صدقة غير حبس كانت لوارثه، ولو المتوبر.

ابن رُشْد: معنى قوله: تصدق على ثلاثة نفر؛ أي: حبسها عليهم؛ لأن الصدقة المبتولة، وغير حبس حظ من مات منهم من ما فيها لوارثه اتفاقًا، ولو لم توبر.

وأما الحُبُس فمن مات منهم بعد الطيب فحظه لوارثه، ومن مات قبل الإبار لا شيء لوارثه اتفاقًا فيهما، فإن مات أحدهم بعد الإبار قبل الطيب، ففي وجوب حظه لوارثه مطلقًا أو إن كان الميت أبر وسقى، ثالثها: لمن بقي منهم، ورابعها: هذا إن كانوا يلوا عملها أو كان المحبس عبدًا يخدمهم أو دار يسكنونها، وإن كان ثمرًا يقسم رجع

(1) قال الرَّصاع: تأمل هذا مع ما ذكر في العارية عن بعضهم، وانظر كلام القرافي مع هذا، وراجع حد الحُبُس، والله سبحانه الموفق للصواب بمنه وفضله باب في النظر فيالحُبُس قال: لمن جعله له محبسه أو للقاضي إن غفل عنه المحبس، وأخذ ذلك من كلامه ظاهر، والله سبحانه أعلم.

لمحبسه، وخامسها: له مطلقًا لغير واحد من الرواة فيها، ولما رجع إليه مالك مع اختيار ابن القاسم: ولم يعز الباقين وأولهما هو الذي رجع عنه مالك فيها، وثانيهما: مقتضى قول اللخمي عزوه لرواية القاضي في المعونة، وصوبه.

قال: إلا أن تكون العادة رجوعه لبقية أصحابه، وقول ابن رُشْد: من مات بعد الطيب فحظه لوارثه اتفاقًا خلاف نقل اللخمي.

قال: إن كانت الغلة تقسم عليهم، ولم يلوا عملها لم تستحق بالإبار، واختلف هل تستحق بالطيب أو تكون لمن أدرك القسم.

وقول ابن حارث: اتفقوا في الحُبُس على قوم على أنهم إن كانوا يلونه بأنفسهم، وهم بينهم على الإشاعة أن حظ من مات منهم لأصحابه خلاف نقل ابن رُشْد الأقوال الخمسة.

قال ابن حارث: وذكر محمد اختلاف قول مالك، والقول الذي رجع إليه بزيادة إلا أن يكون أوصى بعدة لكل رجل أو قال: لهذا يوم، ولهذا يوم فحظ من مات راجع إلى مرجع الحُبُس كله.

زاد الصقلي عنه: وكذلك إن أوصى لكل واحد بمسكين بعينه فحظ من مات لصاحب الأصيل، وعلى كونه لمن بقي منهم لو تقدم للميت في الثمر نفقة، ففي رجوع وارثه بعد طيب الثمرة على من بقي منهم بالأقل من النفقة أو حظ الميت من الثمرة مقسطا منها ما أنفقه غيره فيها، وتعجيل غرم من بقي لصاحبه لوارثه نفقته نقلا الصقلي عن بعض أصحابه، وبعض شُيُوخه قائلا: كتعجيل غرم من استحق أصلاً فيه ثمر سقيه، وعلاجه.

الصقلي: وهذا أبين إلا أن يبقى الوارث على حظ الميت في الثمرة، وعلى الأول قال: لو أجيحت الثمرة فلا شيء للوارث.

قُلتُ: يرد القياس على المستحق بأنه باستحقاقه تعجل تمام ملكه الثمرة لجواز بيعه إياها، وإعطائه إياها لمن يتعجل تصرفه فيها: ومن بقي من أهل الحُبُس لا يتعجل ملك الثمرة لمنعه من بيعها، وإعطائها من يتعجل التصرف فيها.

ابن رُشْد: ولو ماتوا كلهم معًا، ففي كون الثمرة لورثتهم أو للمحبس، ثالثها: إن كانوا أبروا وسقوا وإلا فللمحبس لأشهب ولغيره ولهذا السماع؛ لأن موتهم كلهم كموت المحبس عليه إن مات واحد، وإن مات واحد بعد واحد، ففي موت الآخر ثلاثة أقوال، وإنما ترجع الثمرة للمحبس في الموضع الذي ترجع إليه إذا قال: حبسًا، ولم يقل حبسًا صدقة، ولو قالها رجعت إلى أقرب الناس به حبسًا.

قال: فيتحصل فيما تجب به الثمرة للمحبس عليهم بأعيانهم وجوبها بالطيب لا الإبار، وبالإبار مع كونهم سقوها، وأبروها وبمجرد الإبار.

الباجي: لو كانت أرضا يحرثها من حبست عليهم، وهم معينون، ثم ماتوا خير ربها في إعطائه الوارث كراء الحرث أو سلبها لهم بكرائها تلك السنة، ولو مات وبها زرع فهو للوارث، ولا كراء عليه، وقاله أَصْبَغ، وإن لم يكونوا معينين كالحبس على رجل وعقبة ففي وجوبها بالطيب أو القسمة قولان.

قُلتُ: عزاهما ابن زرقون لابن القاسم مع مالك لابن الماجِشُون.

قال: وثالثها لأشهب بالإبار لا تجب إلا بالقسم وأما الحُبُس على بني زهرة فلا يجب إلا بالقسم من مات قبله سقط حظه، ومن ولد قبله ثبت حظه.

قُلتُ: والحبس على القراء بموضع معين كقراء جامع الزيتونة بتونس حرسها الله تعالى إن كان بقيد أن الثوب لمعين فهم كالأجراء، وتقدم كلام الشُيُوخ في المستأجر على الأذان والإمامة يمرض بعض الأيام، وإمام المسجد يموت وعليه دار محبسة وأهله بها هل تخرج أو تقيم لتمام العدة، وإن كان الحُبُس لا بقيد كقراءة سبع المحرابي بجامع الزيتونة فهو كالحبس على فلان وعقبه.

المتيطي: وفي كراهة اقتسام الحُبُس اقتسام اغتلال وانتفاع قولان، والعمل على جوازه.

قُلتُ: عزاه ابن سهل لعبيد الله بن يحيى، ومحمد بن وليد، وابن لبابة، وأيوب بن سليمان، ولظاهر قولها في مسألة أولاد الأعيان، وعزا المنع لظاهر قول أكثر أصحاب مالك، ولفته وابن الأعبس محتجًا على ابن أيمن برواية علها فيها.

وقال محمد بن يحيى: اختلافهما خطأ، ومعنى القسم في مسألة الأعيان إنما هو قسم انتفاع لا قسم يلزم، والنظر في الحُبُس لمن جعله إليه محبسه.

المتيطي: يجعله لمن يثق به في دينه وأمانته، فإن غفل المحبس عن ذلك كان النظر فيه للقاضي يقدم له من يرتضيه، ويجعل للقائم به من كرائه ما يراه سداد أعلى حسب اجتهاده.

قُلتُ: فلو قدم المحبس من رآه لذلك أهلا فله عزله، واستبداله.

سمع ابن القاسم: من حبس حبسًا على بنات له، وقد بلغن وحزن أموالهن، وكان عمهن يلي حبسهن فاتهمنه في غلتهن، وطلب بعضهن أن يوكل بحقه، فإن كان حسن النظر لم يكن لها ذلك، وإن كان على غير ذلك جعل معه من يوكله بذلك.

ابن رُشْد: معناه أن العم قدمه المحبس، ولو كان بتقديمهن لكان لمن شاءت منهن توكيل غيره على حقها، ولم يكن للسلطان في ذلك نظر، وقوله إن كان على غير ذلك؛ يريد: سيئ النظر أو غير مأمون، وإنما رأى أن يوكل بحقها، ولم يعزله؛ لأنه رضيه بعضهن، ولو لم ترضه واحدة منهن عزله، ولو كن غير مالكات أنفسهن لوجب تقديم السلطان غيره، وقال ابن دحون: لو اتهمه جميعهن لكان لهن عزله وإنما بقي؛ لأنهن اختلفن في تهمته، وفي قوله نظر.

قُلتُ: قول ابن دحون: هو معنى متقدم قول ابن رُشْد؛ فتأمله، ونزلت في حبس حبسته الحرة أخت أمير بلدنا وجعلته بيد شيخنا ابن عبد السلام على أنه مدرس به، ثم نقلته لشيخنا ابن سلامة فقبله وشهد في العزل والتولية جميع الشهود الذين كانوا حينئذ منتصبين للشهادة، وعللوا ذلك بالتفريط.

المتيطي: إن شرط المحبس في حبسه أنه إن نظر قاض أو غيره في حبسه هذا فجميعه راجع إليه إن كان حيا أو لوارثه إن كان ميتًا أو صدقة بتلها على فلان ابن فلان فله شرطه.

ابن فتوح: للقاضي تقديم من ينظر في أحباس المسلمين، ولا يرتفع تقديمه بموته، ويرتفع برفعه من ولي بعده.

ولقاضي: أن يجعل لمن قدمه للنظر في الأحباس رزقًا معلومًا في كل شهر باجتهاده في قدر ذلك بحسب عمله، وفعله الأئمة.

ابن عات عن المشاور: لا يكون أجره إلا من بيت المال، فإن أخذها من الأحباس أخذت منه، ورجع بأجره في بيت المال، فإن لم يعط منها، وأجره على الله تعالى، وإنما لا يقطع له منها شيء؛ لأنه تغيير للوصايا، ومثل قول المشاور أفتى ابن ورد وقال: لا يجوز أخذ أجرته من الأحباس إلا أن يجهل على من حبست، وخالفه عبد الحق بن عطية، وقال: ذلك جائز، لا أعلم فيه نص خلافٍ، وتقدم جعله على غير يد المحبس، وولاية المحبس تفرق غلته في فصل الحوز.

ونفقة الحُبُس من غلته: فلو كانت لا تفي بنفقته فأظنني وقفت على أنه إن ثبت ذلك عند قاضي محله رده لمحبسه يصنع به ما شاء.

ونزلت فحكم بنقضه بعض قضاة وقتنا بعد عجز ثبوت عجز غلة الحُبُس عن خراجه واستشارني في ذلك فوافقته لما كنت وقفت عليه من النص في ظني، ثم بعد ذلك ظهرت له غلة فقام المحبس عليه يطلب رده لحبسه فلم يسعف، والأظهر عندي أن ينظر، فإن كان مع ذلك لا ثمن له رد حبسه، وإن كان له ثمن مبلغ ما يشتري به ما فيه نفع، ولو قل بيع واشترى بثمنه ذلك.

وفي الزاهي: لو شرط الواقف أن يبدأ من غلته لمنافع أهله، وترك إصلاح ما ينخرم منه بطل شرطه، وجعله اللخمي في النفقة عليه أقساما.

قال: دور الغلة والحوانيت والفنادق من غلتها ودور السكنى يخير من هي عليه في إصلاحها وإكرائها لما تصلح منه والبساتين إن حبست على من لا تسلم إليه بل تقسم عليه غلتها تساقى أو يستأجر عليها من غلتها، وإن كانت على معينين هم يلونها فالنفقة عليهم والإبل والبقر والغنم كالثمار إن كانت تقسم غلتها استوجر عليها، وقسم ما فضل، وإن كانت على معينين خيروا في ولاية عملها، وفي استئجارهم عليها.

والخيل في السبيل لا تؤجر نفقتها في بيت المال، فإن لم يوجد بيعت، واشترى بثمنها سلاح، وإن كانت على معين أنفق عليها إن قبلها على ذلك، وإلا فلا شيء له.

والعبيد إن كانوا على السبيل، ولهم صنعه تراد للسبيل فكالخيل من بيت المال، وإن كانوا للغلة فمنها.

وفي كون نفقة المخدم على ربه أو المخدم قولان؛ الثاني: أصوب؛ لأنقطاعه إليه ليلًا ونهارًا، وإن كان مأواه ليلًا عند ربه كانت عليه.

ولو قيل: نفقته نهارًا على المخدم كان له وجه، وكذا العبد يحبس على معين ليخدمه، والحبس يضرب له أجلٌ يخدم فيه العبد، وينتفع فيه كالمخدم، وكذا ينبغي إن لم يضرب له رجل على القول بعوده بعد موت المحبس عليه ملكًا لربه أنه كالمخدم.

والمساجد والقناطير ليست نفقتها على محبسها بل من بيت المال، فإن لم يكن، ولم يتطوع أحد بقيت حتى تهلك.

قُلتُ: فالحاصل أن نفقته في فائدته، فإن عجزت بيع وعوض من ثمنه ما من نوعه، فإن عجز صرف في مصرفه كقولها في النذور من نذر هدي ما لا يهدي، وعجز ثمنه عن أدنى الهدى في إنفاقه على الكعبة يدفع لخدمتها والصدقة به حيث شاء قولا مالك، واستحباب ابن القاسم، والأولى تخصيص صدقته بمنى أو مكة.

قال ابن الحاجب: ولو شرط إصلاحها عليه لم يقبل.

قال ابن عبد السلام: في آخر حبسها من أسكن رجلًا دارًا سنين مسماة أو حياته على أن عليه مرمتها لم يجز، وهو كراء مجهول لكن إن وقف مع ظاهر هذا الكلام سلك بالوقف مسلك الكراء الفاسد فيفسخ، وليس هذا مراده إنما مراده أن يمضي الحُبُس، ويسقط الشرط، وهو معنى قول المؤلف لم يقبل.

قُلتُ: سوقه مسألة المدَوَّنة هذه على كلام ابن الحاجب يقتضي أنها مسألة حبس، ومن أنصف بعلم بمجرد البديهة أنها ليست من الحُبُس في شيء.

المتيطي: إن شرط المحبس أن إصلاحه من مال المحبس عليه فشرطه ساقط، وإصلاحه من غلته.

وفي كتاب الحُبُس منها: من حبس دارًا على رجل، وشرط عليه إصلاح ما احتاجت إليه من ماله لم يصلح، وهو كراء ليس بحبس، ولا أحفظه عن مالك إلا أنه

قال: من حبس فرسم على من شرط عليه حبسه سنة، وعلفه فيها لا خير فيه إن هلك الفرس قبل السنة ذهب عليه باطلًا.

قُلتُ: أيجعل الفرس والدار حبسًا أم يبطل؟

قال: لا أرى إلا أن مالكًا قال فيمن باع عبده على أنه مدبر على مشتريه لا خير فيه.

قال ابن القاسم: وأرى أنه يجوز تدبيره؛ لأنه بيع فات به، ويتبع البائع المشتري بتمام الثمن إن هضم له منه شيء فأرى في الفرس أن يخير صاحبه إن لم يفت الأجل في وضع شرطه ويبتله لصاحبه أو يدفع له ما أنفق ويأخذ فرسه، وإن فات الأجل لم يرد، وكان للذي بتل بغير قيمة، وأرى الدار حبسًا على ما جعل، وتكون مرمتها وغلتها؛ لأنها فاتت في سبيل الله.

الصقلي: وقاله يحيى بن عمر في الدار.

اللخمي: إن شرط على من حبس عليه دارًا مرمتها لم يصلح ابتداء.

قال ابن القاسم: هو كراء لا حبس، وأختلف إن نزل؛ فروى ابن القاسم في المدَوَّنة: مرمتها من غلتها، وأسقط الشرط.

محمد: يرد ما لم يفت.

وفي أثناء أبواب الصدقة منها من وهب لرجل نخلًا وشرط لنفسه ثمرتها عشر سنين على أن يسقيها الموهوب له بمائه لم يصلح؛ لأنه لا يدري أتسلم النخل لذلك الوقت أم لا، ولقد قال مالك: من دفع لرجل فرسه يغزو عليه سيقتين، ونفقته في الأجل على المدفوع إليه، ثم هو له بعد الأجل على أن لا يبيعه قبله لا خير فيه إن مات الفرس قبل الأجل ذهبت نفقته باطلة.

وقال أشهب في الفرس: لا يبطل شرطه العطية، وهو كمن أعاره لرجل يركبه سنة، ثم هو لفلان فترك المعار عاريته لصاحب البتل أنه يتعجل قبضه، فإذا كان مرجعه إليه من نفسه كان أحرى أن يتعجله، ويزول الخطر.

وفي كون الفرس في مسألتي الحُبُس والصدقة ملكا للمعطي بغير قيمة، وكونه في الأولى حبسًا مع رجوع المنفق بنفقته على محبسه طريقا بعض القرويين مع الشَّيخ

وبعضهم مع القابسي محتجين بنص المحبس في الأولى على التحبيس، وبظاهر لفظهما واستدلاله بهما.

القابسي: ويغرم المحبس النفقة للمحبس عليه مضى الأجل أم لا، أسقط شرطه أم لا.

قال: وفوت الحُبُس بمضي أجله هو على محبسه، وفي المدبر على مشتريه فاختص بغرمه قيمته.

قال: ومعنى المسألة الثانية أن المدفوع إليه الفرس يغزو عليه وثواب غزوه في الأجل لدافعه، وله في الأجل إمضاء العطية بإسقاطه شرطه، وردها بتماسكه به، فإن مضى الأجل فهو به بيع فاسد.

يرد إن لم يفت، فإن فات مضى بالقيمة يوم حل الأجل وغرم نفقته أسقط شرطه أم لا حل الأجل أم لا، وإن قبضه على أن يغزو به عن الدافع رجع بأجر مثله إن غزا عنه.

قُلتُ: قوله: ويغرم المحبس النفقة في إسقاط شرطه في الأجل خلاف ظاهر متقدم قول ابن القاسم يخير في وضع شرطه وتبتله لصاحبه أو يدفع له ما أنفق ويأخذ فرسه ووجه أنه بتبتيله انكشف أنه ملك له من يوم قبضه.

اللخمي: اختلف فيمن أعطى رجلًا فرسًا على أن يحبسه سنة، ولا يركبه، ثم هو له ملك أو ثم هو حبس يغزو عليه أو قال: يحبسه سنة يغزو عليه، ثم هو له ملك.

فروى ابن عبد الحَكَم: من أعطى رجلًا فرسًا ينفق عليه سنة، وهو له بعدها إن نزل مضى.

وقال ابن القاسم: إن لم يفت الأجل فله أن يسقط الشرط ويبتله له أو يدفع له ما أنفق ويأخذ فرسه.

قُلتُ: فظاهره عدم لزوم النفقة إن بتله له.

قال عنه: وإن فات الأجل كان لمن بتله له دون قيمة، ولم يجعله بيعا؛ لأن ربه لم يشترط شيئًا يأخذه لنفسه بل لما رأى فيه من مصلحة للفرس أو لغيره، وكذا إن قال هو بعد السنة حبس تغزو عليه، وإن كان هذا أثقل، واختلف في القسم الثالث، فروى ابن

القاسم كراهته، وعلى رواية ابن عبد الحَكم إن نزل مضى.

وقال أشهب: هو جائز ولابن حبيب عن الأخوين من أخدم عبده رجلًا عشر سنين، ثم هو له بتلا أو أخدمه، ثم قال بعد الإخدام فهو سواء يصنع، وبه من الآن ما شاء.

وقال أَصْبَغ: إن جمع ذلك معًا فهو كالحبس إلى أجل وهذا أصوب؛ لأنها هبة فلا تغير عن شرط المالك فيها، وكذا إن كانا عقدين.

وقال: لا تتصرف فيها بالملك إلا بعد الأجل، وإن قال بعد الإخدام هو لك صنع به عاجلًا ما شاء.

قال ابن الحاجب كابن شاس: من هدم وقفا فعليه رده كما كان لا قيمته، ومن أتلف حيوانًا وقفًا فالقيمة، وتجعل في مثله أو شقصه.

زاد ابن شاس: وقيل: إن لم تبلغ ثمن عبد قسمت كالغلة فقبله ابن هارون في العدم والحيوان، وهو مقتضى قول ابن عبد السلام الأصل وجوب القيمة؛ لأنه من ذوات القيم لكن القيمة هنا تستلزم ملك الواقف عن ما وقفه، وهو غير جائز في الأحباس إذ لا يمكن أن يؤدي الهادم القيمة، ولا يأخذ النقض، واختلف في هادم غير الحُبُس هل يقضي عليه بالقيمة أو يرده على ما كان عليه وهٰهنا أحرى.

قُلتُ: قبولهما نقل ابن شاس وابن الحاجب يوهم أنه كل المذهب أو مشهوره، ولا أعرف ذلك بل ظاهر المدَوَّنة أن الواجب في الهدم القيمة مطلقًا حسبما يأتي نصها فيه.

قال عياض في حديث جريح أول كتاب البر: من هدم حائطًا فمشهور مذهب مالك وأصحابه أن فيه، وفي سائر المتلفات القيمة.

وقال الشافعي: عليه بناء مثله.

وفي العتبيَّة عن مالك مثله، وقول ابن عبد السلام: لكن القيمة هنا تستلزم نقل مالك الواقف وقفه إذ لا يمكن أن يوصي الهادم القيمة، ولا يأخذ النقض نص منه أن القول بإغرام الهادم القيمة يوجب له أخذ النقض في المذهب، وهذا لا يليق بتحصيله؛ لأنه خلاف المدَوَّنة وغيرها في كتاب الاستحقاق منها: ومن اكترى دارًا فهدمها تعديًا،

ثم قام مستحق فليأخذ النقض إن وجده، وقيمة الهدم من الهادم.

والصواب نقل اللخمي في ترجمة بيع الحُبُس قال: من تعدى على حبس فقطع النخل أو هدم الدار أو قتل العبد أو الفرس أو أحبس الثوب غرم قيمة ما أفسد، فإن كان الحُبُس على غير معين جعل ما أخذ من هدم أو قطع نخل في بناء تلك الدار أو غراسة مثل النخل، وفي مثل ذلك العبد والفرس والثوب.

وعلى قول أشهب يصرف فيما يرى أنه أفضل، ويختلف إن كان على معين هل يسقط حقه أو يعود في القيمة.

ولمحمد من أوصى له بغلة دارًا وسكناها فهدمها إنسان في حياة الموصى، وهي تخرج من الثلث غرم الهادم ما بين القيمتين يورث عن الموصى، وتكون الأرض على حالها في الوصية، وإن هدمها بعد وفاته بني به تلك الدار أتى في بنائها على ما كانت عليه أو أقل ويكون ذلك للموصى له، وكذا في قطع نخل الحائط.

وفي جناياتها: من أوصى له بعبد فقتل لا شيء له من قيمته، وعلى قول محمد يشتري له بالقيمة مثل الأول.

قُلتُ: ما ذكره عن المدَوَّنة لم أجده فيها إنما في جناياتها: إن أوصى بخدمة عبده لرجل سنين، وأوصى مع ذلك برقبته الآخر، والثلث يحمله فقتله رجل كان ما يجب فيه لمن له مرجع الرقبة، وهو إن أراد بها زعمه عن المدَوَّنة أنه قتل بعد موت الموصي فلا خلاف في المذهب أن قيمته للموصى له فيمتنع حمل نقله عنها لا شيء له على ذلك فلم يبق إلا حمله على مثله قبل موت الموصي، وتخريجه في هذا أن يشتري له بالقيمة مثل الأول على قول محمد الذي قدمه لا يصح؛ لأن محمدًا إنما أثبت للموصى له ما بقي من الموصى به لا ما أخذ على ما أتلف فيه.

في الزاهي: لا يباع نقض الحُبُس، وأجاز بعض أصحابنا بيعه، ولا أقوله ولابن سهل عن ابن لبابة، وابن وليد: جواز بيعه، وأجازه ابن زَرْب لبقاء باقيه بهن ما بيع منه، وله في موضع آخر أفتى ابن عتاب بعدم نقل نقض مسجد خرب إلى مسجد آخر، وبعدم بيعه ويترك حتى يعفن لسماع القرينين من تصدق بنخل بمائها فأصابتها الرمال

حتى بطلت كرانيفها، وغلبت عليها، وفي مائها فضل لا تباع، وتترك حتى تأكلها الرمال.

وفي طرر ابن عات عن ابن عبد الغفور: لا يجوز بيع مواضع المساجد الخربة؛ لأنها وقف، ولا بأس ببيع نقضها إن خيف فساده، ووقفه إن رجي عمارتها أمثل.

قُلتُ: إن وجبت عمارته وجب وقفه قال: وإن لم يرج بيع وأعين بثمنه في غيره أو صرف لغيره.

وقال المشاور: ذكر ابن أبي زَمَنَيْن: أنه ينتفع به في سائر المساجد: ويترك ما يكون علمًا له ليلًا يدرس أمره، ونحوه حكى ابن حبيب وابن القاسم لا يرى ذلك.

وفيها: مع العتبيَّة والموازيَّة وغيرها منع بيع ما خرب من ربع حبس مطلقًا.

الباجي: روى محمد وغيره في نخيل حبس عليها الرمال حتى بطلت كرانيفها، وفي مائها فضل لا يباع فضل مائها، وإن غلبت عليها الرمال.

قُلتُ: تقدم عزوها ابن سهل لسماع القرينين، ولم أجدها فيه.

وسمع ابن القاسم: لا تباع دار حبس خربت ليبتاع دونها.

ابن رُشْد: فيها لربيعة: إن الإمام يبيع الربع إذا ولي ذلك لخرابه، وهو إحدى روايتي أبي الفرج.

اللخمي: لا تباع إن كانت بمدينة إذ لا ييأس من صلاحه من محتسب أو بعض عقب، وما بعد عن العمران، ولم يرج صلاحه جرى على القولين، والذي أخذ به المنع خوف كونه ذريعة لبيع الحبس.

قُلتُ: ففي منعه، ثالثها: إن كان بمدينة للمعروف، وإحدى روايتي أبي الفرج، ونقل اللخمي.

وفي جواز المناقلة به لرفع غير خرب قول ابن زرقون في رسالة الشَّيخ لا بأس أن يعاوض منه بربع غير خرب، ونقل الباجي عن ابن شعبان: لا يناقل وقف، وإن خرب ما حوله، وقد تعود العمارة.

قُلتُ: في كون خرابه أشد من خراب ما حوله نظر، ولفظ الرسالة إنما هو اختلف

في المعاوضة به بربع غير خرب، وفي نوازل ابن رُشْد: إن كانت هذه القطعة من الأرض المحبسة انقطعت منفعتها جملة، وعجز عن عمارتها، وكرائها فلا بأس بالمعاوضة فيها بمكان يكون حبسًا مكانها، ويكون ذلك بحكم من القاضي بعد ثبوت ذلك السبب، والغبطة في العوض عنه، ويسجل ذلك ويشهد.

في ابن عبد السلام: حكى أبو الفرج وابن شعبان قولا بجواز بيع الخرب مثل ما في الرسالة.

قُلتُ: الذي في الرسالة إنما هو المعاوضة بالمناقلة لا بيعه بغير ذلك، ورواية أبي الفرج في البيع الذي هو أعم منها، وما عزاه لابن شعبان لا أعرفه.

وفي الزاهي: لو خرب فأراد غير الواقف إعادته فمنعه الواقف أو الوارث فله ذلك.

وفي نوازل سَحنون: لم يجز أصحابنا بيع الحُبُس بحال إلا دارًا جوار مسجد ليوسع بها، وليشتري بثمنها دار مثلها تكون حبسًا، وقد أدخل في مسجده ﷺ دور كانت محبسة.

وسمع ابن القاسم: إن باع قوم دارًا كانت لهم حبسًا، وأدخلوها في المسجد اشتروا بثمنها دارًا أخرى يجعلونها في صدقة أبيهم، ولا يقضى عليهم بذلك.

ابن رُشْد: ظاهره أنه جائز في كل مسجد، كقول سَحنون، ونقل النوادر عن مالك ولابن حبيب عن الأخوين، وابن عبد الحكم و أَصْبَغ: أنها يجوز في مساجد الجوامع إن احتيج لذلك لا في مساجد الجماعات إذ ليست الضرورة فيها، كالجوامع، وقول مالك: لا يقضى عليهم بجعل الثمن في دار أخرى هو قول ابن القاسم ولابن الماجِشُون يقضي به عليهم.

ولمالك وابن القاسم إن استحق حبس فعل بثمنه ربه ما شاء، وظاهر السماع أنهم باعوها طوعًا، واختلف متأخروا شُيُوخنا إن امتنعوا من البيع للمسجد، فقال أكثرهم: تؤخذ منهم بالقيمة جبرا، وهو الآتي على سماع قول ابن القاسم أنه لا يحكم عليهم

بجعل الثمن في أخرى لا يقضي عليهم بيعها إن امتنعوا؛ لأنهم إذا باعوها باختيارهم في موضع لا يحكم عليهم به لو امتنعوا منه كان الحكم عليهم بصرف الثمن في دار تكون حبسًا واجبًا لما في ذلك من حق غيرهم إن كان الحُبُس معقبًا، وكذا إن كان عليهم بأعيانهم على القول برجوعها بعدهم لأقرب الناس بالمحبس، ولأبي زيد في الثمانية يقضى عليهم ببيعها لتوسيع المسجد، فقوله بالقضاء عليهم بجعل الثمن في دار مكانها ليس على أصله فلعله إنما قال: يقضي عليهم بذلك ما عدى المسجد الجامع.

قُلتُ: في قوله نظر؛ لأن المناسبة الناشئة عن اعتبار المصالح تقتضي عكس ما قاله؛ لأنهم إذا لم يجبروا على جعل الثمن في حبس آخر كان جبرهم على بيعه تحصيلا لمصلحة التوسعة مع مفسدة إبطال حبس، وإذا جبروا على جعله في حبس، فإن قيل: جبرهم على البيع مع جبرهم على جعله في حبس فيه شدة ضرر وجبرهم على البيع مع عدم جبرهم على جعله في حبس أخف ضررا وارتكاب أخف الضررين راجح أو واجب.

قُلتُ: إبطال الحُبُس راجع لحق الله تعالى، وضررهم راجع لحق آدمي، وحق الله آكد.

ابن عات: عن أبي زيد: قال عبد الملك: يجبر أهل الدور المحبسة على بيعها لتوسيع جامع الخطبة والمنبر، وكذا الطريق إليها لا للمساجد التي لا يجمع فيها والطرق التي في القبائل لا يلزم أحد أن يبيع لها صدقة، ولا يوسع بها طريقا لهم.

قال مُطَرِّف: إن كان نهر بجنب طريق عظمى للمسلمين يسلكها عامتهم فحفرها حتى قطعها جبرا هل تلك الأرض التي حولها على بيع ما يوسع به الطريق، فإن لم ينظر السلطان فيها لم تسلك تلك الأرض إلا بإذن أربابها.

ابن سهل: قال ابن الماجِشُون في مقبرة ضاقت عن الدفن بجانبها مسجد ضاق بأهله لا بأس أن يوسع المسجد ببعضها؛ لأن المقبرة والمسجد حبس للمسلمين ول أَصْبَغ عن ابن القاسم في مقبرة عفف ليس فيها كبير نفع أتباع ويشتري بثمنها خشبًا يرم بها المسجد.

قال: لا إلا أن، ثم قولًا ضعيفًا.

قُلتُ: قول سَحنون هذا كقول ابن الماشجون، والقول الآخر، كقول ابن القاسم فيما بلد من الثياب المحبسة، وقد تقدما.

ابن عات: سئل بعض أهل الشورى بقرطبة عن فاضل غلات أجناس المساجد أيصرف في المساجد التي لا غلات لها.

فأجاب قول ابن القاسم: أن لا يصرف إلى غيره من ذلك شيء، ويباع له به أصول تجري غلاتها عليه، ويوسع منها عليه فيها يحتاج من، وقيد وحصر وكل آلاته وقومته.

قال: وغيره يجيز صرفه لغيره والمساجد التي لا أحباس لها فمن أخذ بهذا القول لم يضمن ما أنفق في ذلك، وعلى القول الأول أكثر الرواة، ومن لم يجز صرف بعضها لبعض لم يجز السلف من بعضها لبعض، ومن أجازه أجازه.

وقد قال أَصْبَغ وابن الماجِشُون في العتبيَّة: الأحباس كلها لله انتفع بعضها ببعض، وقاله بعض أصحابنا، وسأل شجرة سَحنونا عن مسجدين أو قصرين متقاربين من الرباطات وضع في كل منها بسلاح وآنية ينتفع بها المرابطون فيحتاج أهل هذا القصر إلى ما في الثاني لينتفعوا به ويردوه من حيث أخذوه، فقال أهل كل قصر أولى بما فيه إلا أن يكون له أمر عرفوه.

وبيع الحُبُس بشرط من المحبس في عقده راجع إلى شرط تحبيسه بنقيض ما جعله المحبس سببًا في بيعه لا إلى إعمال شرط مناقض للحبس فيه.

سمع ابن القاسم من جعل دارًا له حبسًا صدقة على ولده لا تباع إلا إن احتاجوا لبيعها، فإن احتاجوا لبيعها، واجتمع ملاهم عليه باعوا وقسموا ثمنه سواء ذكورهم وإناثهم، فإن لم يبق منهم إلا رجل واحد فله بيعها إن احتاج، ولا ميراث في ثمنها لورثة المحبس.

قوله: إلا إن احتاجوا لبيعها؛ يريد: أو يحتاج أحدهم لبيع حظه منها قل الحُبُس لكثرة عددهم أو كثر لقلتهم فمن احتاج كان له بيع حظه، واختص بثمنه، وإن لم يبق إلا واحد اختص بثمن جميعه، ومن مات منهم قبل احتياجه سقط حظه، ولم يورث عنه ويرجع بعد انقراض الحُبُس عليهم إن لم يبيعوه لحاجتهم إلى أقرب الناس بالمحبس،

وهذا كله نص رواية محمد.

وأمد كرائه ما سلم عن غرر عدم وعدم تمامه

سمع القرينان في الهبة والصدقة.

سئل مالك عمن تصدق بدار على مواليه وأولادهم وأولاد أولادهم ما بقي منهم أحد ومرجعها بعدهم لولده فلم يبق منهم إلا رجل واحد فتكارها منه بعض الذين إن مات الموالي رجعت إليهم من ورثة المتصدق عشرين سنة، فقال: ورثة المتصدق لا يجيز ذلك خوف موت هؤلاء الموالي في هذه المدة فتقدم علينا بحيازتك، فقال مالك: إن مات هذا المولى في السنين انفسخ الكراء، ولكنه شاب يخافون طول حياته وطول حيازة هذه الدار فيكتبوا عليه بذلك كتابًا، ويتوثقوا عليه فيه.

ابن رُشْد: أجاز في هذا السماع اكتراء الدار المحبسة عشرين سنة ممن صارت له بالحبس مع نقض كرائها بموته، ومعناه عندي ما لم ينقده؛ لأنه إن نقده، ومات رجع للمكتري كراء باقي المدة فكان سلفا، وقيل: لا يجوز كراؤه لهذه المدة، وإن لم ينقد، وهو ظاهر وصاياها

الثاني: فيمن أوصى بخدمة عبده لرجل حياته أنه لا يجوز أن يكريه إلا لأمد قريب السنة والسنتين، والأمد المأمون الذي ليس ببعيد، ولم يفرق بين نقد، وغيره فظاهر المدَوَّنة جوازه في القريب، ولو بالنقد ومثله لمحمد، ويحتمل حملها على جوازه في القريب على أن لا ينقد فيجوز في القريب على أن لا ينقذ ويمنع في البعيد على النقد اتفاقا فيهما، ويختلف في البعيد بغير النقد، وفي القريب به على قولين، وقد نص على ذلك في الموازيَّة، وفي الموازيَّة بإثر هذه المسألة.

قال مالك: لا يرفع في كرائها وليكرها قليلًا قليلًا، وقاله عبد الملك إلا أنه قال السنة والسنتين، فإن وقع في السنين الكثيرة على القول بمنعه، فإن عثر على ذلك والباقي من المدة يسير لم يفسخ، وإن كثر فسخ، قاله في الموازيَّة، ولم ير في السماع حجة للقائم فخوف طول الحيازة لارتفاعها بالإشهاد، وهو معارض لما في أول رسم من سماع أشهب من كتاب الأقضية فيمن له ممر في حائط رجل أنه ليس له أن يحضره، وإن

لم يجعل عليه بابًا لئلا يطول الأمر فينسى حظه.

المتيطي: يجوز كراء من حبس عليه ربع من الأعيان أو الأعقاب لعامين لا أكثر في رواية ابن القاسم، وفي سماع أشهب إجازته لخمس وعشرين عامًا، وبالرواية الأولى القضاء.

قُلتُ: الذي في سماع أشهب عشرون.

قال: والحبس على غير معين كالمرضى والمساكين أو مسجد أو قنطرة يجوز لمدة طويلة، واستحسن قضاة قرطبة كونه لأربعة أعوام خوف اندراسه بطول مكثه بيد مكتريه، وقال عبد الملك في المبسوط: المقدم على الأحباس لينفذها في أهلها، وهي معقبة إنما يكريها السنة والسنتين، فإن مات قبل ذلك نفذ الكراء، ولحائزها لنفسه كراؤها لنفسه الخمس والست.

وحدثني من أثق به أن ملكا تكارى على هذه الحال، وهو صدقة عشر سنين واستكثره المغيرة وغيره، ولهذا أن يكتري بالنقد، وغيره، وليس ذلك للمقدم في كراء النقد؛ لأنه يضع من الكراء، ولا يقدر على قسمه قبل أمد السكنى؛ لأن العقب مجهول ولا يكون القسم الأعلى من حضره يومه، فإن قسمه قبل ذلك كان قد أعطى من الغلة من قد يموت قبل وجود ذلك له للمقدم في كراء النقد؛ لأنه يضع من الكراء، ولا يقدر على قسمه قبل.

وفي مقرب ابن أبي زَمَنَيْن: من حبست عليه دار، وعلى عقبه أو غيرهم أو جعل لهم فيها سكنى حياته لم يجز أن يكريها بالنقد إلا ستة أو سنتين، وجائز أن يكريها سنين كثيرة بكراء منجم كلما انقضى نجم دفع كراءه، وكلما دخل نجم قدم كراءه إن كان النجم يسيرا هذا مذهب ابن القاسم، وابن وَهْب وروايتهما، ابن العطار: استحسن بعض أهل العلم الاحتياط في الحُبُس بأن لا يكبر ممن يجاوره خوف أن ينقض منه، ولا من ذوي قدرة لغير ما وجه.

قُلتُ: وأكريت في أواسط القرن السابع بتونس عرصة لا بناء بها من أجناس تونس على الفقراء ممن بنى بها شيئًا إضافة لداره كأنه منها لمدة أربعين عامًا بأضعاف

قيمة كرائها بعد مطالعة الناظر في أحباس تونس قاضيها، ومن له شورى، وهذه العرصة هي الآن ببنائها جزء من دار تعرف بمكتري العرصة المذكورة يقال ابن علال كان من مشاهير التجار الأملياء، وهي الآن بيد غيره ببياعات بعده، وهي في رائقة غير نافذة الخارج منها يستقبل القبلة بطرق سوق الأبارين جبلي جامع الزيتونة.

ولابن عات عن المشاور: إن أكرى ناظر الحُبُس على يدي القاضي ربع الحُبُس بعد النداء عليه، والاستقصاء، ثم جاءت زيادة لم يكن له نقض الكراء، ولا قبول الزيادة إلا أن يثبت بالبينة أن في الكراء الأول غبنا على الحُبُس، فتقبل الزيادة، ولو ممن كان حاضرًا، وكذا الوصي في كرائه ربع يتيمه أو إجارته، ثم يجد زيادة لم تنتقض الإجارة إلا بثبوت غبن إن فات وقت كرائها، فإن كان قبل ذلك نقضت وقبلت الزيادة.

قُلتُ: ظاهر أول كلامه إن لم يكن غبن لم تقبل الزيادة، ولو لم يفت الإبان، والأول أقيس والثاني أحوط.

وقد يؤخذ من أول عتقها الأول: بيع السلطان بالمدينة على خيار ثلاثة أيام، فإن وجد زيادة وإلا نفذ البيع، واستمر العمل في كراء الناظر في حبس تونس أنه على قبول الزيادة بموافقة قضاتها على ذلك، وتقدم في الأكرياء ذكر الخلاف فيه.

وفيها: لمالك: إن بنى بعض أهل الحُبُس فيه أو أدخل فيه خشبة أو أصلح، ثم مات، ولم يذكر لما أدخل فيه ذلك فلا شيء لورثته فيه.

ابن القاسم: إن أوصى به، أو قال: هي لورثتي فذلك لهم، وإن لم يذكره فلا شيء لهم قل أو كثر.

المغيرة: لا يكون من ذلك صدقة بحرمة إلا فيما لا بال له من الميازب والستر، وما له خطر ورث عنه، وقضي منه دينه.

وسمع ابن القاسم: من بنى في دار مسكنًا أو غرس في أرض نخلًا، وقد حبستا عليه، ثم مات، فإن أرضى رب الدار، ورثة الرجل فذلك له، وإلا قلعوا نخلهم، وأخذوا نقضهم.

ابن رُشْد: هذا خلاف قول ابن القاسم، وروايته في المدَوَّنة مثل قول المخزومي

فيها، ومثل ما في الشفعة منها، وما في التفسير لابن القاسم.

وقوله: إن أرضى رب الدار ورثة الرجل، وإلا قلعوا نخلهم، وأخذوا نقضهم معناه: إن مات بحدثان ما بنى وغرس، ولو لم يمت حتى مضى من المدة ما يرى أنه بنى وغرس لمثله فلرب الدار أخذ النقض والنخل بقيمتها مقلوعة إن شاء، وإن أبى قلعوا نخلهم، وأخذوا نقضهم على مذهب ابن القاسم فيمن بنى فيها اكترى.

وكذا روى ابن القاسم في النوادر: لهم قلع نقضهم إلا أن يعطيهم قيمة ذلك مطروحًا في الأرض، ومعناه إن كان مضى من المدة ما يرى أنه بنى لمثلها، وعلى رواية المدنيين أن للمكتري قيمة بنائه قائمًا فالحكم في الحُبُس كما قاله في السماع طالت المدة أو قصرت، وهو ظاهر قول المخزومي فيها: أن البناء الذي له قدر مال من ماله هذا حكم ما بني للسكنى إذا مات، وإن لم يمت فهو أحق بسكنى ما بنى لا يدخل عليه غيره فيه.

وسمع عيسى ابن القاسم: في دار حبس على قبيلة بناها رجل منهم حوانيتًا، وبيوتًا للغلة والسكنى.

قال: أما السكنى فمن سكن منهم فهو أولى بها سكن مما يكفيه لا يدخل عليه غيره، وما للغلة يقاص نفسه بها يستوفى من الخراج فيها أنفق فما فضل عنه لجميع من حبس عليهم يؤثر بذلك أهل الحاجة، وما فضل قسم بين الأغنياء، فإن أراد أحد الدخول مع من بنى فيها بنى من الغلة غرم للباني نصف ما بقي له من حقه، ودخل معه فيه، فيكون في يديه نصف ما بقي للغلة يأخذ غلته ويقاص نفسه بها حتى يستوفي حقه، فإذا استوفى حقه كانت الغلة بين من حبست عليه على ما وصفنا.

قيل: فإن كانت القاعة لا كراء لها قبل البناء.

قال: يقاص بغلة الحوانيت والدور نفسه من يوم أخذ لها غلة، وإن لم يجئه أحد.

ابن رُشْد: قوله يكون في يديه نصف ما بقي للغلة صوابه: يكون في يديه نصف ما بنى للغلة، وكذا في بعض الروايات، وهي مسألة بينة.

وقال ابن دحون: يدخل فيها كل ما في الرحا تخرب فيبنيها بعض أهلها أو البئر كذلك، وليس كما ذكر إنما يدخلها أكثر يدخلها القول بأن كل الغلة للباني إلا أن يعطيه

مريدًا الدخول عليه منابه من النفقة أو من قيمتها على الخلاف في ذلك هذا إن قام بحدثان البناء، ولو قام بعد أن بلي البناء فليس عليه إلا منابه من قيمة البناء بحاله اتفاقًا.

وتقدم تفسيره في نوازل عيسى من كتاب السداد: وإن كان للحبس كراء قبل بناء هذا الباني كان عليه لإشراكه ما يجب لهم من الكراء اتفاقًا.

وإن لم يكن لهم كراء دخله الخلاف من الرحى الخربة فيبنيها بعض الشركاء هل عليه فيها كراء أم لا، ولا يدخلها قول محمد بن دينار المدني[1] في الرحى الخربة يبنيها بعض الشركاء أن الغلة بينهم للعامل بقدر ما أنفق، وقدر ما كان له فيها قبل النفقة، ولمن لم يعمل بقدر ما كان له من غلتها؛ لأن الحُبُس ليس بملك للمحبس عليه.

قُلتُ: جعله ما في الشفعة مثل قول المخزومي خلاف ما حمله عليه غيره من الشُيُوخ، وأن قول المخزومي من التفرقة بين الكثير واليسير.

وحصلوا في كون ما لم يوص بحبسه أنه حبس أو موروثه حبسًا، ثالثها: إن قل لابن القاسم مع روايته فيها، وقولها في الشفعة والمغيرة وجعله ما في الشفعة خلاف ما في الحُبُس خلاف قول عبد الحق معنى ما في الشفعة أنه بين أنه موروث عنه، وما في كتاب الحُبُس أنه لم يبينه، ويحتمل أنه حبس عليهم ليسكنوا فقط كالتعمير لا أنه وقف.

وقال بعض القرويين: معنى ما في الشفعة أنه بنى في الحُبُس بناء مفردًا لنفسه، وما بنى في الحُبُس بناء شيئًا مخالطًا للحبس.

وقال التونسي في كتاب الشفعة: أو يكون على القول الثاني، وهو قول المغيرة: إنه موروث إلا ما لا قدر له.

قال ابن الحاجب كابن شاس تابعًا لابن شعبان: لو خرب الوقف فأراد غير

---

(1) هو: محمد بن إبراهيم بن دينار، أبو عبد الله الجهني المدني، من كبار أصحاب مالك، كان فقيهاً فاضلاً، له بالعلم رواية ودراية، أخذ عن: مالك، وابن هرمز. توفي: سنة: 182هـ.

وانظر ترجمته في: ترتيب المدارك: 3/ 18، تهذيب الكمال: 24/ 306، الديباج المذهب، ص: 227، طبقات الشيرازي، ص: 146.

الواقف إعادته فللواقف أو وارثه منعه، ووجهه ابن عبد السلام بما حاصله أن الحُبُس مملوك لمحبسه، وكل مملوك لشخص لا يجوز تصرف غيره فيه بغير إذنه بوجه.

قُلتُ: والجاري عندي على أصل المذهب في ذلك التفصيل فإن كان خراب الحُبُس لحادث نزل به دفعةً كوابل المطر أو شدة ريحٍ أو صاعقة فالأمر كما قالوه.

وإن كان بتوالي عدم إصلاح ما ينزل به من هدم شيئًا بعد شيء، ومن هو عليه يستغل ما بقي منه في أثناء توالي الهدم عليه كحال بعض أهل وقتنا من أئمة المساجد يأخذون غلته ويدعون بناءه حتى يتوالى عليه الخراب المذهب كل منفعته أو جلها فهذا الواجب قبول من تطوع بإصلاحه ولا مقال بمنعه لمحبسه ولا لوارثه؛ لأن مصلحه قام بأداء حق عن ذي حق عليه لعجزه عن أدائه أو لدده.

وتقدم لابن رُشْد في كون قسم الحُبُس المعقب بين آحاده بقدر حاجتهم أو بالسوية والغني كالفقير مشهور المذهب، وقول ابن الماجِشُون مع ظاهر سماع عيسى ابن القاسم.

الباجي: روى محمد: لا يفضل فيه ذو الحاجة على الغني إلا بشرط؛ لأنه تصدق على ولده، ويعلم أن فيهم الغني والمحتاج وفي المجموعة الحُبُس المعقب كالصدقة لا يعطى منه غني، ويعطى المسدد بقدر حاله، وإن كان أولاد الأغنياء كبارًا فقراء أعطوا بقدر حاجتهم؛ يريد بالمسدد من له كفاية، وربما ضاقت حاله لكثرة عياله، وإن تساووا في فقر أو غنى أوثر الأقرب، وأعطى الفضل من يليه، ويؤثر الفقير الأبعد، ذكره ابن عبدوس، وهذا إن كان عددهم لا ينحصر، ولم يفضل عن فقرائهم شيء، وإن فضل شيء صرف لأغنيائهم، رواه عيسى عن ابن القاسم.

وما على معينين هم فيه بالسواء لابن رُشْد في رسم البز من سماع ابن القاسم.

قال ابن القاسم في النوادر: وما على قوم بأعيانهم فقيرهم وغنيهم وحاضرهم وغائبهم سواء، وزاد في أول سماع عيسى بعد عزوه لمحمد: اتفاقًا، وقول ابن عبد السلام هذا ظاهر على القول بأنه عمري لا ترجع مراجع الأحباس.

وعلى القول برجوعه مراجع الأحباس يقال إنه يؤثر به الأحوج؛ لأن المقصود منه

الإرفاق يرد بأن من أنصف، وتأمل علم أن مقتضى الروايات أن موجب التساوي، والتفاوت إنما هو النص أو دليل القصد إلى أحدهما، وأن التعبير ظاهر في قصد التساوي لدورانه معه وجودًا وعدمًا وأن الرجوع إلى الأحباس طردي فيما قبل رجوعه.

وهو مقتضى نقل الشَّيخ رواية ابن القاسم في المجموعة: من حبس دارًا على أربعة نفر من ولده على أن من مات منهم فولده على مصابته من الحُبُس فمات اثنان منهم وتركا أولادًا، ثم مات أحد الباقين، ولا ولد له فمصابه راجع على جميع ولد إخوته الميتين، وأخيه الحي، ويؤثر أهل الحاجة منهم.

قُلتُ: فقد جعل قسمه على مستحقيه بالتعيين بالسوية وعلى مستحقيه بعدم التعيين بالاجتهاد، ولم يجعل كونه آيلًا إلى عدم التعيين موجبًا لقسمه في التعيين بالاجتهاد.

وفيها: لا يخرج من الحُبُس أحد لأحد، ومن لم يجد مسكنًا فلا كراء له، ومن مات أو غاب غيبة انتقال استحق الحاضر مكانه، ومن سافر لا يريد انتقالًا فهو على حقه.

وسمع عيسى: من حبس على قوم، وهم متكافئون في الغنى والفقر اجتهد في ذلك ليسكن فيها من رأى أو يكريها فيقسم كراؤها عليه، ومن سبق فسكن فهو أولى ولا يخرج منها.

ابن رُشْد: معناه في غير المعين كحبسه على أولاده أو أولاد فلان، ولو كان على معينين مسمين لم يستحق السكنى من سبق إليه، وهم فيه بالسوية حاضرهم، وغائبهم قاله ابن القاسم.

محمد: وفقيرهم وغنيهم سواء.

وسمع ابن القاسم: من حبس دارًا لم يجعل له مخرجًا قسمت على ذوي الحاجة.

ابن رُشْد: مثله فيها وفي سماع عيسى أن الحُبُس الذي لم يجعل له مخرجًا يكون على الفقراء والمساكين، ومن حصل في مسكن منهما لم يخرج منه لغيره إلا أن يستعتين، وسمع ابن القاسم من حبس دارًا على ولده وعلى ولد ولده فالأدنون أولى بها لا يفضل

عنهم، فإن خرج بعضهم إلى سفر سكن الذين يلونهم، فإن جاء أحد من الأدنين لم يخرج منه كما لم يدخل عليه، وذلك شأن الحبس.

ابن رُشْد: معناه: إن خرج لسفرٍ بعيدٍ يشبه الانقطاع، أو يريد المقام في الموضع الذي سافر إليه، ولو سافر ليعود فهو على حقه، وهو نص مالك في رسم البز، وتفسير ابن القاسم في المدَوَّنة قول مالك، وفي رواية مالك: على إن غاب، ولم يزد ما قاله ابن القاسم، وهو وفاق له، والخلاف في المسألة إنما يمكن فيما تحمل عليه غيبته، فظاهر رواية علي على الانقطاع والمقام حتى يتبين خلافه.

قال ابن رُشْد في رسم البز: وهذا في السكنى، وأما فضل الكراء وغلات الثمر، وغيرها فحق من غاب باقٍ لا يسقط.

قال ابن الحاجب: ولا يخرج الساكن لغيره، وإن كان غنيًا.

ابن عبد السلام: لما تكلم على حكم المساواة والترجيح قبل السكنى تحدث على ما إذا سكن أحدهم لموجب الفقر، ثم استغنى، فإن ذلك الحكم لا يرتفع بارتفاع سببه، وهو الفقر ولعل ذلك؛ لأن عودته لا تؤمن، وإلا فالأصل أن يخرج، وهذا في الوقف على غير معين.

قُلتُ: في لفظه، ولفظ ابن الحاجب إجمال؛ لأن ظاهر لفظهما سواء كان الحُبُس على عقب ونحوه أو على الفقراء فسكن بعضهم لاتصافه بالفقر، ثم استغنى أنه لا يخرج لغيره، وليس الأمر كذلك.

قال ابن رُشْد في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم: من استحق مسكنًا من حبس هو على الفقراء لفقره أخرج منه إن استغنى.

وفي رسم لم يدرك من سماع عيسى ابن القاسم: من استحق مسكنًا من حبس هو على العقب وهو غني؛ لأنقطاع غيبة المحتاج، ثم قدم، فإنه لا يخرج له؛ لأنه لم يدخل عليه ولكنه سكن بها حيث لم يكن أحد أولى بها منه، وروى الباجي لو سافر مستحق سكنى لبعض ما يعرض للناس كان له كراء مسكنه إلى أن يعود، ولو انتقل إليه أحد من أهل الحُبُس رد لمنزلته، وأخرج من دخل فيه، وقسم ما على غير منحصر بالاجتهاد

اتفاقًا.

الشَّيخ: روى ابن عبدوس: من حبس على قوم وأعقابهم فهو كالصدقة يوصي أن تفرق على المساكين لمن وليها أن يفضل ذا الحاجة والمسكنة والمؤنة والعيال والزمانة وكذا غلة الحُبُس، ولا يعطي الغني شيئًا، ويعطى المسدد بقدر حاله، وإن كان للأغنياء أولاد كبار فقراء قد بلغوا أعطوا بقدر حاجتهم.

[باب العطية]

الهبة: أحد أنواع العطية، وهي تمليك متمول بغير عوض إنشاء(1)، فيخرج

(1) قال الرَّصاع: قوله: (تمليك) مناسب للعطية إن كانت لقبا على المعنى المصدري، وهي اسم مصدر؛ لأن قياس المصدر إعطاء والعطية اسم له، وقد تطلق على الاسم.

قوله: (متمول) أخرج به تمليك غير المتمول كتمليك الإنكاح في المرأة أو تمليك الطلاق.

قوله: (بغير عوض) أخرج البيع، وغيره من المعاوضات.

قوله: (إنشاء) أخرج به الحكم باستحقاق وارث؛ لأنه تمليك متمول بغير عوض.

(فإن قلت): كيف صح إخراجه بقوله إنشاء.

(قُلتُ): الذي فهمت منه أن التمليك في العطية فيها إنشاء بخلاف الحكم بالاستحقاق المذكور، فإنه تقرير لما ثبت إرثه والعطية أنشأت التمليك لا أنها قررت.

(فإن قلت): إذا فهمنا كلامه ﷺ على ما ذكرته يعرض لنا ما ذكره القرافي وغيره في الحكم حيث فرق بين الثبوت، والحكم على الصحيح، فذكر أن الحكم بالتمليك فيه إنشاء من الحاكم، وذكر أن الحكم قد يكون خبرًا، كقول القاضي: حكمت بالأمس بكذا إذا أشهد به، وقد يكون إنشاء، كقوله: اشهد بأني حكمت وألزمت فلانا كذا انظره، وإذا صح ذلك فكيف أخرج لفظ إنشاء صورة الحكم المذكور.

(قُلتُ): وظهر في الجواب أن الإنشاء موجود فيهما لكن الإنشاء في العطية وقع التمليك به، والإنشاء في الحكم المذكور تقرير لمتعلق الحكم، وتأملنا هذا الجواب فوجدناه فيه نظر فلك النظر في فهم كلامه - رضي الله عنه ونفع به- وفهمنا عنه بمنه، وفضله والله سبحانه الموفق.

وانظر ما يأتي في رسم القضاء، وما أشرنا إليه في الثبوت، والحكم والله أعلم، ويدخل في العطية العارية والحُبُس والعمرى والصدقة والهبة هذا حد العطية العامة التي هي كالحيوان للإنسان والفرس إن كان ما تحتها نوعا أو كالإنسان للصُقْلُبي والزنجي إن كان صنفًا، ولما عمت العطية العارية والحُبُس =

الإنكاح والحكم باستحقاق وارث إرثه وتدخل العارية والحبس والعمرى والهبة والصدقة فالعارية والحبس تقدما.

[باب العمرى]

والعمرى تمليك منفعة حياة المعطى بغير عوض إنشاء[1]، فيخرج الحكم باستحقاقها، ويصدق عليها قبل حوزها؛ لأنها قبله عمرى، وكذا بقية الأنواع وحكمها

والصدقة والهبة.

قال الشَّيخ ﷺ: فالعارية والحُبُس تقدم حدهما انظرا الحُبُس والعارية مع ما هنا، فإنه يدل على أن التمليك أعم من تمليك ذات أو منفعة أو انتفاع كما يكون في بعض أنواع الحُبُس، ثم حد العمرى.

(1) قال الرَّصاع: قوله: (تمليك منفعة حياة المعطى بغير عوض إنشاء) أخرج (بالمنفعة) إعطاء الذات، وأخرج (بحياة المعطى)الحُبُس والعارية والمعطى بفتح الطاء، وظاهره أن تمليك المنفعة مدة حياة المعطي بكسرها ليس بعمرى، وانظر تقسيم العمرى في كلام اللخمي وغيره.

قوله: (بغير عوض) أخرج به إذا كان بعوض؛ لأن ذلك إجارة فاسدة.

وقوله: (إنشاء) أخرج به الحكم باستحقاق العمرى كما تقدم نظيره.

(فإن قلت): العمرى المعقبة هل تدخل في هذا أم لا؟

(قُلتُ): اختلف فيها هل حكمها حكمالحُبُس أم لا بناء على أنها ترجع ملكًا أو ترجع مراجع الأحباس، فإن رجعت ملكًا فهي عمرى ويصدق عليها الحد، وإن رجعت حبسا، فيقال: إنها عمرى حكمها حكمالحُبُس لا إنها حبس فهي داخلة في حده، وما تصرف فيه الشَّيخ ﷺ هنا في حده حسن؛ لأنه حد ما هو عام ثم حد ما يدخل تحته من الأنواع مثل ما أشرنا إليه في حد الإجارة، ولم يقل ذلك ثمة، وقد كملت كلامه مثل ما هنا فراجعه، والله أعلم.

(فإن قلت): قول الشَّيخ: تمليك منفعة أطلقها، فظاهر منه أنها تكون في كل ما له منفعة، فتكون في الثياب والحلي.

(قُلتُ): أما الحلي، فتكون فيه كذا قال في الهبات منها، وأما الثياب قال: لم أسمع من مالك فيها شيئًا، وقد اختصرها البراذعي سؤالًا وجوابًا في قوله: فإن أعمر حليًا وثيابًا قال: أما الحلي فهو كالدور، وأما الثياب فلم أسمع من مالك فيها شيئًا.

قال الشَّيخ: اختصرها لإشكالها من حيث مناقضة مفهوم تفصيلها منطوق قولها في الثياب في كتاب العارية قال: ويجاب بأن التفصيل في وضوح كون الحلي كالدور لمساواته إياها في عدم ذهاب عينها وذهاب عين الثياب بالانتفاع فتأمل الرسم على هذا كيف صح إطلاقه، ولم يقيده، والله الموفق.

الندب لذاتها، ويتعذر عروض وجوبها لا كراهتها أو تحريمها.

في هباتها: من قال: أعمرتك هذه الدار حياتك أو هذا العبد أو هذه الدابة فهو جائز، وترجع بعد موته إلى من أعمرها أو إلى ورثته.

زاد في العارية والناس عند شروطهم.

[باب في صيغة العمرى]

الصيغة: الباجي ما دل على هبة المنفعة دون الرقبة كأسكنتك هذه الدار عمرك أو وهبتك سكناها عمرك[1].

وفيها: من أعمر رجلًا عمرىً له ولعقبه رجعت بعده لربها، وكذا: هي لك صدقة سكنى.

ابن فتوح عن ابن الهندي: إنما ترجع للمعمر أو لورثته إن كانت غير معقبة، وإن كانت معقبة على مجهول من يأتي من ولدٍ وولد ولدٍ خرجت من العمرى ولحقت بالأحباس.

ابن عات: هذا خلاف قول مالك وأصحابه أن العمرى معقبة أو غير معقبة إن كانت بلفظ العمرى أو بغيره من الإسكان أو الإمتاع أو وقتت أنها لا تلحق بالأحباس بل تكون ملكًا للمعمر أو وارثه.

ولعل ابن الهندي أخذ بظاهر قول مالك في الموطأ عقب قول القاسم بن محمد.

قال مالك: وعلى ذلك الأمر عندنا أن العمرى ترجع للذي أعمرها إن لم يقل: هي لك ولعقبك.

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (الباجي ما دل على هبة المنفعة دون الرقبة) هو ظاهر، بقي أن يقال المحدود صيغة العمرى واللام للعهد. وهل ترد صيغة العارية على الحد فيه نظر، ثم قال الشَّيخ: بعد تعريفه كأسكنتك هذه الدار عمرك ووهبتك سكناها عمرك ولم يزد أخدمتك هذا الفرس عمرك مع أن ذلك عمرى؛ لأن العمرى تكون في الحيوان كله كما ذكر فيها في الهبات فتأمله، والله سبحانه يفهمنا عنه رحمه الله ورضي عنه بمنه.

وإنما يريد مالك أنه لم يتلفظ فيها بلفظ العمرى، ولا بما في معناها، وإنما قال: هي لك ولعقبك، ولم يحك المتيطي عن المذهب غير ما حكاه ابن فتوح، وابن الهندي خلاف ما ذكر ابن عات فاعرفه.

الباجي: في الموازيَّة والمجموعة لابن القاسم وأشهب: من قيل له: هي لك صدقة سكنىً فليس له إلا سكناها دون رقبتها.

محمد: حياته، ومسألة هذه الدار حبس على فلان مذكورة في الحبس.

أبو عمر: الأفقار، والأخبال ونحوه من ألفاظ العطايا كلفظ العمرى.

قُلتُ: في الصحاح أفقرت فلانًا ناقتي؛ أي: أعرته فقارها ليركبها، وأخبلته المال إذا أعرته ناقة لينتفع بلبنها ووبرها أو فرسًا يغزو عليه.

اللخمي: قوله: كسوتك هذا الثوب وحملتك على هذا البعير أو الفرس هبة للرقاب.

ابن فتوح والمتيطي: للمعمر جعل مرجعها بعد مدتها بتلًا لمن شاء، ولو لوارث ما لم يشترط المعمر رجوعها له إن كان حيًا؛ لأنها وصية لوارث.

وقول المتيطي: إلا رقاب جائز، وهو إسكان المالك داره غيره مدة حياته واضح.

ومقتضى قول غيره أنها من صور العارية.

وفي عاريتها: تكون في الحيوان كله، ولم أسمع منه في الثياب شيئًا، وهي عندي كذلك، وفي هباتها.

قُلتُ: فإن أعمر حليًا أو ثيابًا.

قال: لم أسمع في الثياب شيئًا، وأما الحلي فأراه كالدور.

واختصرها أبو سعيد سؤالًا وجوابًا لإشكالها من حيث مناقضة مفهوم تفصيلها منطوق قولها في الثياب في كتاب العارية.

ويجاب بأن التفصيل في وضوح كون الحلي كالدور لمساواته إياها في عدم ذهاب عينها بالانتفاع وذهاب ذوات الثياب به.

[باب في الرقبى]

وفي عاريتها: لم يعرف مالك الرقبى ففسرت له فلم يجزها، وهي تحبيس رجلين دارًا بينهما على أن من مات منهما أولا فحظه حبس على الآخر[1]، وسألته عن تحبيسهما عبدًا بينهما على أن من مات منهما فحظه يخدم آخرهما موتًا حياته، ثم يكون العبد حرًا، فلم يجزه وألزمهما عتقه بعد موتهما، ومن مات منهما فحظه يخدم ورثته دون صاحبه فإذا مات آخرهما كان حظ كل منهما حرًا من ثلثه كمن قال: إن مت فعبدي يخدم فلانًا حياته ثم هو حر.

اللخمي: إن نزل في الدار فعلى القول أن الحُبُس على معين يرجع ملكًا يبطل تحبيسها، وترجع ملكًا لهما.

وعلى رجوعه حبسًا تبطل السكنى فقط، وتكون ملكًا لهما حتى يموت أحدهما فترجع مراجع الأحباس.

الصقلي: ألزمهما العتق؛ لأنه كعتق لأجل لوقفه على موت فلان، وجعله من الثلث لقوله: بعد موتي فجمع له الحكمين.

ابن عبد السلام: استشكل إلزامه العتق مع كونه من الثلث؛ لأنه إن كان معتقًا لأجل خرج من رأس المال، وإن كان موصىً بعتقه لم يلزمه العتق.

وأجيب بأنه كالمدبر، وفيه نظر؛ لأن أصله في مثل هذا أنه لا يكون مدبرًا إلا بقصد التدبير، وإلا كان وصيةً على ما قاله في أول كتاب المدبر.

قُلتُ: إنما قال ذلك في أول كتاب المدبر في العتق الموقوف على موت المعتق فقط، وفي هذه المسألة الوقوف عليه، وعلى موت الأجنبي، وإليه أشار الصقلي.

وتقريره أن مطلق وقفه على موت الأجنبي يوجب لزومه وكونه من رأس المال، ومطلق وقفه على موت مالكه يوجب عدم لزومه، وكونه من الثلث فلما جمع بينهما

---

(1) قال الرَّصاع: هذا تفسيرها ورسمها وقبله الشَّيخ، وانظر مسألة العبد بين الرجلين، وما للشيخ من محاسن نظره وبحثه وبحث ابن يونس واللخمي، والله سبحانه الموفق.

صارا كدليلين متنافيين تعارضا، وأمكن الجمع بينهما فيجب حسبما تقرر في أصول الفقه فجمع بينهما إنما أنتج حقيقة شرعية يمكن القصد إليها، وهي حقيقة التدبير فأعمل الأول في حكم لزومه دون حكم كونه من رأس المال، وأعمل الثاني في حكم كونه من الثلث، لا في حكم جواز الرجوع عنه ويمنع إعمال الأول في لزومه مع إعمال الثاني في جواز الرجوع عنه لتناقضهما، وكذا إعمال الأول في حكم كونه من رأس المال مع إعمال الثاني في حكم كونه من الثلث لتناقضهما، ومع إعمال الثاني في حكم جواز الرجوع عنه لصدق منافيه، وهو كل ما هو من رأس المال لا يجوز الرجوع عنه فانحصر إعمالهما فيما ذكرناه.

وفي أول المدبر ما يشهد لهذا قال فيه: إن قال: أنت حر بعد موتي وموت فلان، فهو من الثلث وكأنه قال: إن مات فلان فأنت حر بعد موتي، وإن مت أنا فأنت حر بعد موته.

سَحنون: وقاله أشهب.

قُلتُ: قول سَحنون: وقاله أشهب، يدل على أنه لا رجوع له فيه، وإلا كان مناقضًا لقول أشهب يدل على أنه لا رجوع له فيه، وإلا كان مناقضًا لأصل أشهب فتأمله.

وكذا قال الصقلي: يريد: ولا رجوع له فيه لذكر الأجنبي كعتق لأجل.

وقال التونسي: كأنه جعله كالتدبير لا رجوع له فيه وتقريره بقوله: إن مات فلان فأنت حر بعد موتي يشبه كونه كالتدبير كقوله: إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتي بشهر فيكون له الرجوع.

[باب الهبة]

والهبة: لا لثواب تمليك ذي منفعة لوجه المعطي بغير عوض والصدقة كذلك لوجه الله بدل لوجه المعطي(1).

وفي الهبة لكونها كذلك مع إرادة الثواب من الله صدقة، أو لا، قولا الأكثر ومُطَرِّف حسبما يذكر في الاعتصار، وتخرج العارية، والبيع.

[باب في صيغة الهبة]

الصيغة: ما دل على التمليك ولو فعلًا كالمعاطاة(2).

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (ذي منفعة) أخرج به العارية، وما شابها قوله: (لوجه المعطى) أخرج به الصدقة قوله: (بغير عوض) أخرج به هبة الثواب.

(فإن قلت): لأي شيء لم يزد هنا إنشاء ليخرج به الحكم باستحقاق الهبة كما قدم في العطية والعمرى.

(قُلتُ): الجاري على ما قدم زيادته، ولعله لما قال هنا لوجه المعطى استغنى عن قوله إنشاء؛ لأن الحاكم لا يحكم لوجه المعطى.

(فإن قلت): ما وقع من قولها في قول السيد لعبده وهبت لك نفسك يرد نقصه على طرد حده هنا لصدق الحد عليها، وهي من صورة العتق لا من صورة الهبة لا يقال بمنع أنها من العتق للتصريح فيها بالهبة؛ لأنا نقول قد صرح الشَّيخ بعد أنها من العتق ورد بها على من ذكرها دليلا على أن قبول الهبة ليس بركن.

قُلتُ: لا نسلم أنه يصدق عليها التمليك سلمنا ذلك، ولنا أن نقول إنها تخرج من الحد بقوله لوجه المعطى فتأمله.

(2) قال الرَّصاع: قوله: (ما دل على التمليك) يعني مطابقة أو التزاما؛ لأنه قال بعد ودلالة الالتزام معتبرة كما إذا تصدق ببيت من دار، فإنه يلزمه مرفق الدخول والخروج والمرحاض.

قال الشَّيخ: وقد وقع ذلك في سماع عيسى، وقيل: لا شيء له، فإذا قال المتصدق: إنما قصدت البيت فلا يصدق على ظاهر الأول، وقيل: يصدق بيمين.

قوله: (ولو فعلا... إلخ) مثل ما إذا حلى ولده الصغير، ومات، فإن الحلي للولد، وقد قسمه ابن رُشْد إلى ثلاثة أقسام انظر ذلك، وتأمل لأي شيء لم يقل في حد الصيغة هنا كما قال في صيغة الحُبُس، فيقول ما دل على التمليك قولًا أو فعلًا، وقد ذكروا أن الصيغة ركن من أركان الهبة، وهو ركنه الأول،

سمع ابن القاسم: من مات بعد أن حلى ابنه الصغير حليًا فهو له لا ميراث.

ابن رُشْد: لأنه يجوز لابنه الصغير ما وهب له ما حلاه به مثل ما كساه من ثوب إلا أن يشهد الأب أنه على وجه الإمتاع.

وفي شرط صحتها فيما لا يحاز بلفظ ولي فقط، أو بلفظ العطية، أو ما يستلزمهما، قولان لسماع ابن القاسم: من أشهد أنه ولى ابنه الصغير حائطًا بثمن هو أقل من قيمته بكثير، ومات صح للابن إن حازه له مع ابن رُشْد عن الأخوين، و أَصْبَغ في الواضحة، وقول ابن القاسم في كتاب داود مع أَصْبَغ في سماعه ابن رُشْد، وعليه وعلى الأول: إن لم يحزه له في كون الواجب للابن مناب ثمنه من الحائط بقيمته أو تخيير وليه في ذلك.

وفي إتمام ثمنه وأخذ جميعه قولان ودلالة الالتزام معتبرة.

المتيطي: من تصدق من دارٍ ببيت فقط لزمه مرفق الدخول والخروج والبئر والمرحاض.

قُلتُ: هو سماع عيسى ابن القاسم.

ابن رُشْد: هذا مثل سماع أشهب في البيع المبهم أنه يقضي بهذه المرافق.

وزاد ابن شاس الصيغة مع القبول فصير القبول جزءا من الركن، ولما ذكر الشَّيخ: ذلك استشكل كون القبول ركنا بما وقع في العتق منها في قولها: من وهب لعبده نفسه أو تصدق به عليه عتق، وإن لم يقبل، وقال فيها: إذا قال له: أنت حر إن شئت لا عتق إلا أن يشاء، فلو كان ركنا لكان ذلك كقوله: أنت حر إن شئت، وأجاب بأن هبة العبد نفسه عتق له لا هبة فهو في الصورة الأولى عتق له غير معلق، والثاني: عتق معلق على أمر فاعتبر، واستدل للركنية بما في سماع يحيى إن امتنع المدين من قبول الهبة فلا جبر لغرمائه وقبولهم لغو، وتأمل ما بيان أخذ الركنية من هذا، وفيه نظر؛ لأن الركن والشرط اشتركا في توقف وجود الماهية عليهما فلا يقع الجبر، ولو كان شرطًا إلا أن يقال الركن أدخل في تحقق تصور الماهية؛ لأنه جزء منها، والشرط خارج عنها فالركن يحقق تصورها، والشرط يحقق وجودها فلو كان القبول ركنا لجبر على حصول الشرط لتحقق تصور الماهية، ونقل عن المشاور من سكت عن قبول الصدقة، ثم قام بعد زمان فله القبول بعد ذلك، فإن طلب الغلة حلف ما سكت تركا، وأخذ الغلة.

قال الشَّيخ: ففيه مع الركنية والقبول نظر إلا على أن بت الخيار موجب فيه من يوم عقده فتأمله.

وقيل: لا شيء له من ذلك إلا أن لا يكون له حيث يفتح له بابًا فيكون له المدخل على دار المتصدق وسائر مرافقه، وهو دليل قول أشهب في رسم باع شاة من سماع عيسى من جامع البيوع، وعلى لزوم المرافق في إبهام لفظها إن قال المتصدق: إنما قصدت البيت دون مرافقه، فقيل: لا يصدق، وهو ظاهر هذا السماع، ومعناه إن لم يقم دليل على صدقه كصدقته ببيت يلاصق دار المتصدق عليه.

وقيل: يصدق مع يمينه إلا أن لا يكون له انتفاع بالبيت إلا بالدخول من دار المتصدق.

وهذا يأتي على سماع أَصْبَغ.

ابن رُشْد: تحصيلها: من تصدق بأرض بها ماء تبعها اتفاقًا.

فإن قال: لم أتصدق به، ففي لغو قوله وقبوله بيمينه إن قدر المتصدق عليه على سقيها بغيره، قولان لابن القاسم مع الأخوين وغيرهم.

ولو كان الماء بغير المتصدق بها، أو بمشاع منها ولها شرب منه، ففي بقائه واندراجه قولان.

الأول يأتي على دليل قول أشهب في البيوع، ومعناه: إن قدر على سقيها من غيره أو استغنى بها عنه.

وعلى الثاني إن قال: إنما تصدقت بها دونه، ففي قبول قوله بيمين سماعا أَصْبَغ وعيسى ابن القاسم.

ومعنى الأول: ما لم تكن لا تستغني عنه بحالٍ.

ومعنى الثاني: ما لم تكن بإزاء أرض للمتصدق عليه لها ماء إعمالًا لدلالة الحال.

والبيع إن وقع مبهمًا كالصدقة:

وإن ادعيا البيان نطقا أو في نيتهما، فقال أَصْبَغ: يتحالفان ويتفاسخان كان الماء بها أو خارجًا عنها إلا أن يكون المشتري قبض الأرض، وفوتها بإدخال العين فيها أو بغيره من مفوت فيقبل قوله.

وقول ابن القاسم في هذا السماع: يتحالفان ويتفاسخان إلا أن يكون الماء

بالأرض أو بغيرها أو ينفرد المشتري بالشبه بأن لا يكون للأرض سقي إلا من ذلك الماء، فيكون القول قوله، فرعي الشبه مع القيام خلاف المشهور.

وألغاه أَصْبَغ، وهو المشهور.

ابن عات عن ابن مزين: وقول الأب لولده: اجعل هنا كرمًا أو دارًا ففعل وتكرر قوله: هذا كرم ابني، ودار ابني عارية للعرصة لا تمليك لها.

وسمع أَصْبَغ قول ابن القاسم: هذه القرية لابني لغو حتى يصرح بأنها هبة أو صدقة.

ابن رُشْد: لأن اللام لا تدل على التمليك لقوله ﷺ: **«أنت ومالك لأبيك»**(1).

وفي صدقتها: الثمر المأبور لا يندرج في عطية تمليك الأصول، وفي عتقها الثاني: لا يندرج مال العبد في عطيته.

وقيل: يندرج؛ لأنه بغير عوض كالعتق.

ابن شاس: ركنها الأول الصيغة مع القبول ويستشكل كون القبول ركنًا بقول عتقها الأول: من وهب لعبد نفسه أو تصدق به عليه عتق، وإن لم يقبل، ولو قال له: أنت حر إن شئت، لا عتق له إلا أن يشاء، فلو كان القبول ركنًا في الهبة كان كقوله: أنت حر إن شئت، ويجاب بأن هبة العبد نفسه عتق له لا هبة، فهو في الأولى غير معلق على شيء، وفي الثانية معلق على أمر فاعتبر.

ومن دليل كونه ركنًا سماع يحيى ابن القاسم: إن امتنع مدين من قبول هبة فلا جبر لغرمائه عليه وقبولهم لغو.

ابن عات عن المشاور: من سكت عن قبول صدقةٍ زمانًا فله قبولها بعده، فإن طلب غلتها حلف:ما سكت تاركًا لها، وأخذ الغلة.

---

(1) أخرجه أبو داود: رقم (3530) في البيوع، باب في الرجل يأكل من مال ولده، وأخرجه ابن ماجه: رقم (2292) في التجارات، باب ما للرجل من مال ولده، وأخرجه أحمد: رقم (6678) و(6902) و(7001).

قُلتُ: فيه مع ركنية القبول نظر إلا على أن بت الخيار موجب بته من يوم عقده.

اللخمي وغيره: هي والصدقة مندوب إليها، والأفضل عطية الصحة، ويستحب كون الصدقة من أنفس ماله وكونها في الأقارب ثم الجيران، وما يرفع الشحناء.

قُلتُ: هذا مع التقارب في الحاجة، وفي ترجيح الأحوج على المحتاج الأصلح نظر قال: وكون المعطي صحيحًا شحيحًا، وأفضلها ما خلف غنًى.

وفي صحتها بكل ماله رواية محمد وقول سَحنون: إن لم يبق ما يكفيه ردت صدقته، وهو أحسن، وصدقة أبي بكر بكل ماله كانت لاستئلاف الناس للإيمان، وهو حينئذ واجب، والمعروف لزوم العطية بعقدها.

ابن زرقون: قال المازري: للواهب الرجوع في هبته قبل حوزها عند جماعة.

وفي قولة شاذة عندنا، وحكاها الطحاوي عن مالك، وحكاه ابن خويزمنداد عن مالك.

قُلتُ: تقدم في الحُبُس نقل ابن رُشْد الاتفاق، وهي لمعين دون يمين، ولا تعليق يقضى بها.

ابن رُشْد: اتفاقًا، وعلى غير معين كذلك فيها لا يقضى بها.

ابن رُشْد: في القضاء بها قولان على اختلاف الرواية فيها وعلى معين في يمين أو تعليق فيها لا يقضى بها ابن رُشْد هذا المشهور.

ولمحمد بن دينار: من تسرر على امرأته، وقد شرط لها إن تسرر عليها فالسرية لها صدقة تامة، وأعتقها بطل عتقه، وكانت لها، وهو خلاف المشهور.

وقول ابن نافع: من شرط لمبتاع سلعة إن خاصمه فهي صدقة عليه، فخاصمه لزمته الصدقة أن حمل اللزوم على القضاء بها فهو مثله.

ابن زرقون: لابن نافع: من قال: إن تزوجت عليك فأمتي صدقة عليك قضى عليه بذلك، وقاله ابن دينار.

قُلتُ: هذا خلاف عزو ابن رُشْد مسألة الأمة لابن دينار ومسألة السلعة لابن نافع وجزمه به خلاف جعله ابن رُشْد محتملًا.

وفي القضاء بالمعلق بيمين لغير معين:

نقل ابن زرقون عن أَصْبَغ والمعروف.

و في إيجاب دعوى هبة معين يمين الواهب، قول الجلاب، ونقل الباجي عن ظاهر المذهب قائلًا:دعوى المدين هبته رب الدين دينه يوجب يمينه اتفاقًا.

قُلتُ: وكذا من ادعى هبة ما بيده من معين.

[باب الموهوب]

ابن شاس: الركن الثاني الموهوب، وهو كل مملوك يقبل النقل، وتبعه ابن الحاجب.

فقال ابن عبد السلام: كالدار والثوب ومنافعهما إلا ما لا يقبل كالاستمتاع بالزوجة، وأم الولد قاله ابن هارون وزاد: وكالشفعة، ورقبة المكاتب، وما زاده حسن؛ لأنهما ماليان.

وكذا الحُبُس لا تصح هبته؛ وهو مندرج تحت كل مملوك، ودخول المنافع فيه تدخل العارية، وهو خلاف العرف(1).

وفيها: من وهب مورثه، وهو لا يدري كم هو جاز.

والغرر في الهبة لغير الثواب يجوز بخلاف البيع.

اللخمي: هبة المجهول والصدقة به ماضية، ويستحب كونهما بعد معرفة قدر العطية خوف الندم.

وفيها: هبة ما جهل قدره من إرث ناجز في لزومها، ثالثها: إن عرف قدر الميراث، ولو جهل نصيبه منه، وإن جهل قدر الميراث لم يلزمه، ولو عرف نصيبه منه لها مع ابن

---

(1) قال الرَّصاع: (فإن قلت): النقل يطلق على معنى حسي ومعنوي فالحسي ما ذكر في الإجارة، وأخرج به الدور والأرضين والمعنوي ما ذكر هنا، وإذا صح ذلك فله معنيان ففيه اشتراك، وذلك يوجب الإبهام في مقام الإفهام.

(قُلتُ): لعله رأى قرينة تعين مراده، وقال خليل: ينقل، ولم يقل يقبل النقل.

رُشْد عن أشهب وابن عبد الحَكم قائلًا: ولو ظهرت كثرتها.

ونقل اللخمي عن ابن القاسم في العتبيَّة: من تصدق بميراثه، ثم بان أنه خلاف ذلك له رده، وكذا في الواضحة، وابن فتوح عن بعضهم مع ابن رُشْد عن بعض المتأخرين على معنى ما في المدَوَّنة.

ابن رُشْد: وهو تفريق غير صحيح لا وجه له إلا إن شك فيما بين الجزأين ككون الزوج لا يدري إرثه النصف أو الربع، فيكون للتفرقة بين ذلك وبين جهل قدر المال وجه، وهو أن من شك فيما بين الجزأين رضي بهبة أكثرهما فوجب أن يلزمه.

وقال ابن رُشْد: قول ابن القاسم إنما هو فيمن وهب إرثه من أبيه في مرضه قبل موته.

والصحيح لا فرق بين كونه في مرض موته أو بعد موته.

وعلى الثاني قال اللخمي: إن ظن الموروث دارًا معينةً بان أنها دار أخرى أو طرأ مال لم يكن يعلمه حاضرًا فله رد الدار والطابي، وإن ظن في الحاضر قدرًا بان أنه أكثر كان شريكًا بالزائد.

وفي عارضة ابن العربي في باب القطائع في جواز هبة المجهول روايتان.

وفيها: من وهب نصيبًا من دارٍ لم يسمه.

قيل له: قر بما شئت مما يكون نصيبًا.

اللخمي: هذا على مراعاة اللفظ.

وعلى المقصد إن أقر بما يشبه هبة مثله لمثل الموهوب قبل، وإلا لزم ما يشبه.

وعلى الأول في لزوم حلفه نقلا ابن أبي زَمَنَيْن عن أشهب، وابن فتوح عن المذهب.

وسمع عيسى ابن القاسم: من تصدق بإرثه من أبيه إن مات، والأب باقٍ لم يلزمه لجهله قدره.

ابن رُشْد: أسقط لزومه لجهله قدره لا؛ لأنه وهب ما لم يملك بل ما يملك لتقييده بموته خلاف سماعه أَصْبَغ أنه يلزمه إلا أن يقول: ظننت قلته، ولو علمت هذا القدر

ما وهبته وأشبه قوله فيحلف ولا يلزمه.

وحمل بعضهم سماع أَصْبَغ على أنه بعد موت الأب، وسماع عيسى على أنها قبله.

قال: وهو قولها آخر الوصايا الثاني أن الوارث لا يملك الإرث في مرض مورثه إنما يملك فيه الحجر عليه فيما زاد على الثلث.

قال: وفي الموطأ ما يدل على سقوط ما وهبه في مرض مورثه من إرثه منه وكل ذلك غير صحيح، بل في الموطأ أن هبته إرثه في مرض مورثه لازمة، وليس في المَدَوَّنة خلافه، ولا في هذا السماع نص على ذلك لاحتمال حمله على أن هبته كانت في صحة مورثه.

وفي الحقيقة لا فرق بين الصحة والمرض ففي لزوم ذلك في المرض والصحة، ثالثها في المرض، وفي التنبيه لابن بشير في كتاب العرايا حكى محمد الإجماع على جواز هبة المجهول، وقال: من لا تحقيق عنده من الملقبين بالفقهاء في هبة المجهول قولان، وهو غلط منه لما روي من الخلاف.

فيمن وهب مجهولًا، وقال: ما ظننت هذا المقدار هل له رده أم لا؟.

وقول ابن شاس: تصح هبة الآبق والكلب واضح لتقرر الملك، ولغو الغرر في الهبة.

ولو وهبه خمرًا فاطلع عليها بعد كونها خلًا فلا نص، ففي اعتبار الهبة يوم عقدها هي للواهب، وعلى اعتبارها يوم الحوز هي للمعطى، والقولان يأتيان.

وفي هبتها: من وهب ما رهنه جاز، وقضي عليه بافتكاكه إن كان مليًّا، وإن لم يقم عليه حتى فداه فللموهوب أخذه ما لم يمت الواهب.

بعض شُيُوخ عبد الحق: إن كان الدين عرضًا لم يجبر المرتهن على قبضه، ولا أخذ رهن غيره.

قُلتُ: يريد: والدين من بيع لا قرض على المشهور.

اللخمي: قيل: في هذا الأصل ليس عليه تعجيل الدين إن حلف ما أراده، فإن تمسك المرتهن برهنه بقي لحلول أجله، فإن كان موسرًا قضى الدين وأخذه الموهوب له،

وإن كان يجهل أن الهبة لا تصح إلا بعد تعجيل الدين حلف على ذلك، ولم يجبر على تعجيله اتفاقًا.

محمد: لو وهبه قبل حوزه المرتهن، وقبضه الموهوب له فهو أحق إن كان الواهب موسرًا، ولم يجعل للمرتهن حقه لتفريطه في حوزه، وإن كان معسرًا فالمرتهن أحق به.

ولو قاما قبل حوزه أحدهما، فإن كان موسرًا فالموهوب أحق به، وعجل للمرتهن حقه، فإن أعسر بعد ذلك تبعه بحقه، ورآه كمن وهب، ثم وهب، وحازه الثاني أنه أحق.

وقال ابن القاسم في هذا الأصل إن كان الأول أحق، وإن كان الرهن شرطا في عقد البيع أو القرض كان أبين في حقه في قبضه.

وفيها: هبة الدين جائزة إن أشهد بها وجمع بين المدين والموهوب له، ودفع له ذكر الحق، فإن لم يكتب ذكر حقٍّ بأن أشهد له، وأحاله عليه فهو قبض، فإن غاب المديان كفى إشهاده، ودفع ذكر الحق وإحالته عليه، وقبول هبة الدين على غائب بإشهاد به قبض.

المتيطي وابن فتوح عن ابن أ بي زَمَنَيْن: إن أشهد له، ولم يدفع له ذكر الحق، فذلك جائز إن قبل.

قُلتُ: ظاهره، ولو لم يحضر المديان، فإن كان لغيبته فهو كقولها، وإن كان ولو كان حاضرًا فهو خلاف قولها فالحاصل إن أشهد له وأحاله على المدين لحضوره، ودفع ذكر الحق كفى اتفاقًا، وإن تعذر كفى الإشهاد والقول في لزوم دفع ذكر الحق إن كان قولان لظاهرها، وظاهر قول ابن أ بي زَمَنَيْن، والأول هو ظاهر كلام اللخمي، ونص عبد الحق عن بعض شُيُوخه: إن لم يدفع ذكر الحق للموهوب حتى مات الواهب؛ بطلت الهبة كدار مغلقة لم يعطه مفتاحها.

ومقتضى قول ابن رُشْد في سماع عيسى ابن القاسم فيمن تصدق بدين عليه على غيره فدفعه بعد علمه بالصدقة دون دفع ذكر حقها للمتصدق عليه غرمه للمتصدق عليه؛ لأنه بقبوله إياها دون قبضه ذكر حقها صار المدين قابضًا له عدم شرطية قبض

ذكر الحق كابن أ بي زَمَنَيْن.

وفيها: قبض هبة المدين ما عليه قبوله.

اللخمي والمتيطي: لو لم يقل الموهوب في عقد الهبة: قبلت حتى مات الواهب، ففي بطلانها قولا ابن القاسم وأشهب قائلًا: كون الدين عليه حوز له.

قال: ولابن العطار وغيره من الموثقين عدم ذكر قبض الزوج رسم الصداق في هبة الزوجة إياه، وذكر قبض المدين رسم الدين في هبة ربه إياه، ولا فرق إلا أن يقال: لم يبق بين رب الدين والمدين بعد هبته علقة بخلاف الزوجين.

قُلتُ: بقاء حقها في طلب نفقة الزوجية يوجب تمسكها به.

وقول ابن عبد السلام: اختلف الشُيُوخ هل دفع ذكر الحق من شروط الصحة أو من شروط الكمال يقتضي شهرة القولين، ولا أعرف الثاني إلا ما مر عن ابن أ بي زَمَنَيْن وابن رُشْد وابن شاس.

[باب الواهب]

وابن الحاجب: الواهب من له التبرع.

قُلتُ: ليس التبرع أعرف من الهبة؛ لأن العامي يعرفها دونه، والأولى هو من لا حجر عليه بوجه[1]، فيخرج من أحاط الدين بماله.

في هباتها: من وهب عبدًا لثوابٍ فأعتقه أو وهبه أو تصدق به، فإن كان مليًّا جاز،

---

(1) قال الرَّصاع: إن صح ذلك فقد تقدم له رحمه الله في رسم ذكر التبرع فيرد عليه ونبهنا عليه.

قال الشَّيخ: وقولنا لا حجر عليه بوجه يخرج من أحاط الدين بماله قال: وتصح من المريض في ثلثه إذ لا حجر عليه فيه هذا معنى ما ذكر وكذلك الزوجة في ثلثها، ولا تجوز هبة السفيه ولا الصبي ولا العبد.

(فإن قلت): فهل يقال للشيخ: والحجر الشرعي أيضًا الهبة أشهر منه فكيف صح التعريف به كما ذكر في التبرع.

قُلتُ: لعله يقول إن الحجر عند الفقيه أشهر، وفيه نوع مصادرة، والله أعلم.

وإلا منع، وإن كانت بدنةً فقلدها وأشعرها فللواهب أخذها، ولو ابتاعها ففعل بها هذا حلت قلائدها، وبيعت للمشتري في الثمن.

الباجي عن أَصْبَغ في العتبيَّة: إن كانت قيمة العطية أكثر من الدين إن بيع جميعها، وإن بيع بقدره قضي عنه للتبعيض بيع جميعها، وكان الفضل للمتصدق ولا للمتصدق عليه كما لو استحقه مستحق.

قُلتُ: هذا قوله في رسم الوصايا.

ابن رُشْد: اتفاقًا.

وتصح من المريض في ثلثه؛ إذ لا حجر عليه فيه، وتقدم حكم لزوم عقدها.

الموهوب له: من صح ملكه للهبة ولو لم يدم.

فيها: من وهب له من يعتق عليه عتق إن قبله، ولو كان صغيرًا أعتق، ولو لم يقبله وليه.

المتيطي: وتجوز الصدقة على الحمل فيملكها إن استهل.

الباجي: وقيل: لا تصح، وتقدم في الحُبُس عليه، والمذهب وقف تمامها على حوزها.

ابن زرقون: روى أبو تمام: عدم وقف الصدقة والحبس على الحوز، ووقف الهبة عليه.

[باب الحوز الحكمي في الهبة والصدقة]

والحوز حكمي ومعنوي؛ وحسي فعلى الأول حوز الولي لمن في حجره، فيدخل الكبير السفيه[1].

---

(1) قال الرَّصاع: حوز الولي لمن في حجره فيدخل الكبير السفيه، وأما الوالد لولده فلا يدخل، وكذلك الأم لولدها، والإشهاد بهبة الأب يغني عن الحيازة إلا في دار السكنى، والحُبُس كذلك، ويدخل مقدم القاضي، وكل من له ولاية شرعية، ويجوز أمره على المقدم عليه، والمشهور قصر ذلك علي

فيها: إلا الوالد لولده العبد، ولا الأم لولدها إلا أن تكون عليه وصيًا، ومر عمل الموثقين على كتبهم، وتولي الأب قبض هذه الصدقة من نفسه لابنه، واختارها له من نفسه.

وفي كتاب المتيطي: حرمها له من ماله، وأبانها عن ملكه، وصيرها من أملاك ابنه، ثم قال: والإشهاد بصدقته يغني عن الحيازة، وإحضار الشهود لها فيما لا يسكنه الأب، ولا يلبسه.

وكره ابن القاسم كتب أن الأب احتاز ذلك من نفسه بما يحوز به الآباء لأبنائهم، ورأى السكوت عنه أحسن؛ لأن السنة أحكمت أنه الحاكم لهم.

قُلتُ: ونقله ابن عات.

وفي آخر رهانها مع غيرها: سكنى الأب ما أعطاه لصغار بنيه يبطل حوزه لهم.

المتيطي: شرط صدقة الأب على صغار بنيه بدار سكناه إخلاؤها من نفسه وأهله

الأب، ووصيه والسلطان، ومقدمه، وفي المذهب خلاف معلوم في عدم القصر على ذلك هكذا ذكر الشَّيخ.

(فإن قلت): إذا وهب السيد لأم ولده أو عبده فقد وقع لابن رُشْد، وابن العطار: صحة الحوز لهما، ولم يتعقب ذلك الباجي، وقد أخذه ابن رُشْد من المدَوَّنة: بالأولى فهل يدخل في الحد.

(قُلتُ): إذا بنينا على ما ذكر ابن رُشْد المراد دخوله وحده ذكر الأعم، واعترض الشَّيخ: كلام ابن الحاجب في قوله: وشرط استقرارها الحوز إلا في صدقة الأب على ابنه الصغير. قال: وترك هذا أحسن من ذكره لاقتضائه العموم في كل عطية من عين أو مثلي وإيهام قصره على الصغير خروج السفيه، وعلى الأب دون وصيه، والقاضي ومقدمه فيوقع الناظر في خطأ فاحش انظره.

(فإن قلت): إذا صح الاعتراض عليه بالعين والمثلي، ودار السكنى فهل يرد ذلك عليه في رسمه للحوز الحكمي؛ لأنه أجمل فيه.

قُلتُ: تقدم جوابه في دار السكنى وتأمل قوله الحوز الحكمي حوز الولي، فإن فيه مناقشة وحوز الولي فيه إجمال؛ لأن فيه تفصيلا؛ لأن فيه ما هو بالإشهاد، وفيه ما هو بالخروج من اليد مما هو معلوم وتأمل قوله: حوز الولي لمن في حجره، فإنه يصدق فيما وهبه غير الولي للمولى عليه وحوز الولي في هذا إنما هو حسي لا حكمي، فيكون حده غير مطرد، وكذلك حقه أن يقول أو النائب عن الولي، ولا يخلو هذا الرسم من مسامحة على ما علم من تحقيقه، والله سبحانه ينفع به.

وثقله ومعانيتها البنية فارغة من ذلك ويكريها لهم.

ابن عات عن ابن رُشْد: من تصدق على ابنه الصغير بدار سكناه، فباعها قبل أن يرحل عنها صح الثمن للابن، ولو مات الأب فيها؛ لأنه مات وهي للمشتري لا لابنه إلا أن يكون باعها لنفسه استرجاعًا للصدقة، وغفل عن ذلك حتى مات، فإن الصدقة تبطل، ولو علم ذلك في صحته فسخ البيع، وردت لولده.

وبيعه بعد خروجه منها محمول على أنه لابنه حتى ينص على استرجاعه فبيعه مردود للولد، ولو كان ميتًا؛ لأنها كانت صدقة ببينونته عنها إلى أن باعها، والثمن للمشتري في مال الأب وحده أم لا، لا شيء له في مال الولد، قاله ابن حبيب في الواضحة.

ولو كان حبسها، وهو ساكن بها، ثم رهنها لنفسه قبل أن يرحل منها حتى مات بطل الحبس، وكذا لو باعها بعد أن حبسها قبل أن يرحل منها، ولم يعثر عليه حتى مات، أو مرض، ولو لم يعثر عليه في صحته فسخ بيعه، وصحح حبسه بالحيازة.

قُلتُ: قول ابن رُشْد هذا هو في رسم أوصى من سماع عيسى من كتاب الحُبُس أتى به على أنه المذهب، ولم يعزه لأحد، وهو في النوادر لابن حبيب عن أَصْبَغ، ولم يتعقبه ابن عات، وفيه نظر؛ لأن شرط صدقته بدار سكناه ارتحاله فبيعه إياها قبله بيع لها قبل تمامها لولده، فيجب كون ثمنها ميراثًا لقول ابن القاسم أول مسألة من كتاب الصدقة: من باع ما تصدق به قبل حوزه المتصدق عليه ومات، الصدقة باطلة.

وذكرها الباجي عن الواضحة ل أَصْبَغ، وفي لفظه: لو خرج منها بعد الصدقة، ثم باعها لنفسه، أو استرجاعًا، أو على غير ذلك فالبيع مردودٌ للولد.

ابن زرقون: لا أدري ما يريد بقوله: أو غير ذلك، وهو إذا باعها بيعا مبهمًا فهو جائز، والثمن للابن.

وفي آخر رهونها: من حبس على صغار ولده دارًا، أو وهبها لهم، أو تصدق بها عليهم، فحوزه لهم حوز إلا أن يسكنها أو جلها حتى مات فيبطل جميعها.

وإن سكن من الدار الكبيرة ذات المساكن أقلها، وأكرى لهم باقيها نفد لهم ذلك فيما سكن، ولم يسكن.

ولو سكن الجل وأكرى لهم الأقل بطل الجميع، وكذلك في دور يسكن واحدة هي أقلها أو أكثرها.

بعض شُيُوخ عبد الحق: إن سكن الأقل صح جميعها، ولو كان الولد كبارًا، وإن سكن الأكثر بطل الجميع إن كان الولد صغارًا، أو ما سكنه فقط إن كانوا كبارًا.

وقال غيره منهم إن سكن أكثر من النصف بطل الجميع، وفي الأقل يصح الجميع، وإن سكن النصف صح ما لم يسكن وبطل ما سكن.

قال غيره منهم: إن سكن القليل وأبقى الكثير خاليًا بطل حتى يكريه لهم؛ لأن تركه منع له فكأنه أبقاه لنفسه.

قُلتُ: عزاه عياض للصقليين.

قال: وهو صحيح في النظر ظاهر من لفظ الكتاب.

قال: وقوله: إذا سكن منها المنزل، وهي ذات منازل فحاز الكبار سائر الدار، وكانوا أصاغر.

ثم قال آخر: إن سكن أقل الحُبُس جاز ذلك كله، وإن سكن أكثره لم يجز منه شيء. ظاهره تسوية الصغار والكبار في حوز الأب الجل وسقط قوله فحاز الكبار سائر الدار من كتاب الرباع، ولم تكن عند ابن عتاب، وصوب سقوطه ابن وضاح.

وثبت عند يحيى قال: فضل: إثباته غلط؛ لأن من قول ابن القاسم: إن حاز الكبار ما تصدق به عليهم، ولو قل جاز إلا أن يكون قوله هنا: إن حاز الجل بطل الكل على الصغار فقط.

عياض في الموازيَّة له ولأشهب: يبطل الأقل إن سكن الجل كان هو الحائز للصغار أو حوزه لغيره، فأخذ منه بعضهم ببطلان الجميع على ظاهر رواية يحيى ونحوه في صدقة العتبيَّة.

وقال ابن أبي زَمَنَيْن: لفظ ابنه الكبير ساقط في بعض الروايات يعني في

أول المسألة.

قال: وهو الصحيح على قول ابن القاسم وروايته وبين أصحاب مالك في هذا الأصل تنازع.

عياض: وهو على الخلاف في مراعاة الاتباع.

اللخمي: للأكثر حكم نفسه في حوزه وسكناه، والأقل في الحُبُس تبع للأكثر عند ابن القاسم وأشهب، وقصر عبد الملك تبعيته للأكثر في الصغار على حوزه بنفسه لحسن نظره، وإن حوزه غيره بطل الأقل بسكناه.

وفي الصدقة تبطل مطلقًا جاز الأكثر، أو حوزه غيره.

وقال سَحنون: إن قبض الكبار الأكثر، وسكن الأقل بطل.

ولم أر خلافًا في صحة محوز الكبار، ولو قل، وعلى قولي ابن القاسم وأشهب: إن حاز للصغار القليل، أو حوزه أجنبي بطل يبطل محوز الكبار إن قل.

وقال أَصْبَغ إن سكن دارًا من دورٍ بطلت، ولو قلت.

وصح ما حازه للصغار أو حوزه غيره، ولو قل كل ذلك كحبس منفرد.

والدار الكبيرة إن قل ما سكن منها صح جميعها، وإن كثر صح ما سواه حازه لهم أو حوزه غيره الصغار والكبار فيه سواء، فإن حاز الكبار الأكثر صح الجميع على قول ابن القاسم، ولم يصح على قول عبد الملك ما لم يحز، وإن حازوا الأقل صح حظهم منه وبطل حظ الصغار وعلى قول عبد الملك يصح حظ الصغار والكبار فيه سواء؛ لأنه يحوز عن الأب، وبطل ما سكنه الأب في جميع هذه الوجوه؛ لأنه الأكثر، وإن سكن الأب بعضًا وحاز بعضًا والكبار بعضًا كل ذلك قريب من السواء صح حظ الصغار من كل الصدقة إلا على قول ابن القاسم؛ لأنه سكن أقل عطيتهم، والأكثر محوز لهم بيده ويد الكبار، ولم يصح للكبار إلا ما حازوه، وبطل ما بيد الأب؛ لأنه الأكثر من صدقتهم، وهو لا يحوز لهم.

وفي آخر سماع عبد الملك: ما حد الذي إن سكنه الأب من الدار حتى مات لم يكن للولد فيه صدقة؟

قال: إن سكن الثلث فالصدقة ماضية، وإن سكن أكثر منه فهي باطلة.

ابن رُشْد: الثلث عند مالك يسير إلا في معاقلة المرأة الرجل، وما تحمله العاقلة والجوائح.

قُلتُ: للشيخ في كتاب الحُبُس عن ابن حبيب: حد القليل فيما سكنه المتصدق مما تصدق به مما هو أقل من الثلث، وسمعت من يستكثر ذلك.

ابن عات: إن تصدق على ابنه صغيرًا أو كبيرًا وشرط سكنى أمه معه، ولم يكن سكنها الأب بخاص جاز، ولو كانت الأم في العصمة قاله بعد هذا في ورقة سابعة.

قُلتُ: مقتضى قولها في قصر المسافر أن من مر بقرية فيها أهله أتم خلافه، ونحو ما ذكره ابن عات في سماع عيسى صحة حوزه لصغير ولده الدار مع إسكانه بها أمهات أولاده.

ابن رُشْد: وجعله الأشياخ خلاف ما في سماع يحيى: أن إسكانه بها صغير ولده غير المتصدق عليه يبطل حوزه، ويحتمل أن يفرق بسكنى الابن المتصدق عليه مع أمهات أولاده، وسواء كان أمهات أولاده تحته بملك أو تزويج ما لم يكن ذلك مسكنًا له خاصًا يستوطنه.

ابن عات: انظر لو تصدق على من في حجره بدار سكناه، وألحق بالصدقة جميع ما في الدار، ثم سكنها الأب حتى مات هل تصح الصدقة؛ لأن سكناه بها صار كالنظر لابنه، وكما إذا ألحق بالأملاك الزرع النابت بها، وذكر أن في وثائق ابن العطار جواز ذلك.

قُلتُ: ظاهر الروايات بطلان الصدقة؛ لأنه قادر على أن يخرج ما في الدار لينظر فيه.

وقول الموثقين: استثناؤه سكنى بيت معين حياته على أنه ملحق بعد وفاته بصدقة سائرها لا يبطلها.

ويلحق بها إن عاينت البينة إخلاء غير المستثنى وضمنت أن قيمته الثلث فأقل تقدم عزوه للمتقدمين، وتقريره في كتاب الحبس.

الشَّيخ لابن حبيب عن الأخوين: لو جعل من يحوز لصغير ولده ما أعطاهم، وحوزه ذلك ببينة، ثم وجد بيده بعد موته، فهو ميراث؛ لأنه بتحويزه غيره ألغى حيازته لولده.

ولو أشهد حين رجوعها له أنه لحيازته لهم ففي صحتها مطلقًا أو إن حدث ممن حاز لهم سفه أو سوء ولاية قولا مُطَرِّف وابن الماجِشُون مع أَصْبَغ.

الباجي: وقولهم وفاق لابن القاسم إلا أنهم شرطوا الإشهاد بأن قبضه للحفظ للابن، وزاد ابن الماجِشُون: مع ضرورة أخذها.

وفي أجوبة ابن رُشْد: من أشهد بهبة ما في تابوت بيته مغلقًا لابنته الصغيرة ووجد به بعد موته حلي وثياب هبته باطلة إلا أن يدفع مفتاحه للبينة، وتعاينه مقفلًا.

وفيها: من حبس على صغار بنيه وكبارهم ومات قبل حوزهم بطل الجميع.

ابن رُشْد: اتفاقًا.

ولابن حبيب: اتفق المدنيون والمصريون على أنه إن حاز حظ الأصاغر، ولو بقسمة بعد عقد الحُبُس صح لهم قاله في سماع عيسى.

وزاد في رسم المكاتب من سماع عيسى: قال فضل: رأيت لابن حبيب هذا في قسمه في عقد الحُبُس، وسكت عن قسمه بعده.

ابن رُشْد: وهو القياس؛ لأن قسمه على ابنه الكبير الغائب لغو.

ووجه اعتباره رعي القول بعدم لزوم عقد العطية فقسمه بعده كقسمه فيه.

ومعنى قول ابن القاسم فيها؛ لأن الحُبُس لا يقسم أنه عقد على أن ليس للصغار منه جزء معلوم، وإن مات منهم صغير وكبير فحظه لمن بقي.

ولو كان على ابنين بأعيانهما أحدهما صغير صح حوزه له على قول مالك: من مات منهم رجع حظه للمحبس أو لأقرب الناس منه لا على أخيه.

قُلتُ: لو كان عليهم صدقة فكذلك.

وروى ابن نافع: وعلى حظ الصغار جائز لهم.

الباجي: القولان بناء على الخلاف في هبة المشاع، ثم قال: من تصدق على ابنه

الصغير أو وهبه نصف غنمه أو عبده أو داره مشاعًا، ففي صحته، وإبطاله نقل القاضي روايتين معناه ترك باقيه لنفسه أو جعله في السبيل وحازه حتى مات بالأولى قال ابن القاسم، وهي رواية أشهب. وبالثانية قال أَصْبَغ.

ومن تصدق على ابنه بمائة شاةٍ من غنمه، ولم يعينها بما تعرف به، فعن مالك فيه روايتان في الموازيَّة والعتبيَّة لمالك: لا تجوز.

وبه قال ابن القاسم ومُطَرِّف.

قال محمد وابن حبيب: قال أَصْبَغ كان يجيزه، ثم رجع.

زاد في العتبيَّة: هو وأصحابه.

قال ابن حبيب: وبهذا ابن زرقون؛ يريد: بالجواز أخذ ابن وَهْب وابن عبد الحَكم وابن الماجِشُون والمغيرة وابن دينار، واستثنى ابن الماجِشُون العتق والمسكن والملبوس، فإنه يبطل؛ يريد: إذا لبسه أو سكنه.

قال: ففي صحة حوزه المشاع لابنه الصغير وباقيه له أو صدقة على كبير أو في السبيل، ثالثها: إن أبقاه لنفسه أو صدقة في السبيل لمالك مع رواية علي ول أَصْبَغ وابن القاسم، ومعناه أنه لما تصدق على من يحوز لنفسه، وقد علم حقه في المقاسمة ليحوز لنفسه مما صدق على ابنه إلا ليحوز له مقسومًا، فلم يجز مشاعًا، وفي غيره تصدق ليحوز مشاعة.

قال: كذا حصلها ابن رُشْد، ولو تصدق نصف أرضه مشاعًا على رجل فعمرها معه على الإشاعة، ففي صحته له قولا ابن القاسم في تفسير ابن مزين و أَصْبَغ.

وفي صحة حوزه لابنه الصغير جزءًا مشاعًا، أو عددًا غير معين ثالث الروايات في الجزء المشاع لا العدد.

قُلتُ: لتحقق قدر المشاع باسمه، وفي العدد إنما هو بتسمية عدد الموهوب من عدد الجملة.

وحوز الأب لصغير ولده ما يعرف بعينه صحيح.

ابن رُشْد: اتفاقًا.

قال: في سماع ابن القاسم: والذهب والورق وما لا يعرف بعينه بعد الغيبة عليه من كل مكيل وموزون، ولو كان غير مأكول كالكتان، أو غير مكيل ولا موزون، وهو اللؤلؤ والزبرجد في لغو حوزه إياه مطلقًا، وصحته إن طبع عليه بحضرة البينة قولان لسماع ابن القاسم، ورواية مُطَرِّف إن صرفها بحضرة البينة، وختم عليها بخاتمه، ورفعها عنده، ووجدت كذلك بعد موته، ولو لم تختم عليها البينة وختمها أحسن مع قول ابن الماجِشُون ولابن نافع والمدنيين، وقول الموطأ.

وعزا الباجي الأول لابن القاسم، والمصريين وعزا اللخمي الأول لمحمد قال: والتبر ونقار الفضة كالعين يجري على الخلاف.

وكذلك اللؤلؤ والزبرجد والكتان.

قال مالك: والمطوق والسوار كالعرض.

وفي السماع: لو تصدق على ابنه بعبد موصوف في ذمة رجل صح قبضه الأب، أو لم يقبض.

ولو تصدق عليه بدنانير دين على رجل ومات الأب، وهي بيده صحت؛ لأنها قد حيزت لكونها على الغريم.

وكذا لو تصدق عليه بدنانير ووضعها على يدي غيره، ثم أخذها منه لسفره، أو بعد موته؛ لأنها قد حيزت كالدار يحوزها عنه السنتين أو السنة، ثم يسكنها ويموت فيها صدقتها ماضية.

وكل صدقة حيزت مدة فهي جائزة.

ابن رُشْد: لا يشترط في الدنانير الدين بقاؤها على الغريم بعد الصدقة حولًا؛ لأنه لم يزل محوزًا عنه.

والدنانير التي حوزها غيره كالدار إن قبضها اختيارًا من غير عذر سفر، ولا موت قبل الحول بطل حوزها كالدار.

قُلتُ: زاد الباجي أنه إن تسلف الدنانير الدين بعد حوزها لم يبطل لتشبيهها برجوع الدار في لفظ مالك.

وتسلفه ما حازه الأجنبي يبطل حوزه.

وقال الشَّيخ أبو بكر: لو ختم على المكيل والموزون بعد وضعه في شيء وأشهد صح حوزه له؛ لأنه حينئذ يتميز كالعبد.

قُلتُ: انظر هل يؤخذ من قوله: يتميز كالعبد أن ركائب الكتان، ومزاود النيلج ونحو ذلك إذا بيعت كذلك على الوزن أنها مما تعرف بعينه يستحقها بائعها في الفلس بالبينة عليها بعد الغيبة عليها ومفارقتها البينة أولى؛ لأنها من جملة الموزون.

قال: وهذا على قول المدنيين في الدنانير ظاهر.

وعلى قول المصريين يحتمل أن يقوله في كل مكيل وموزون ومعدود ويحتمل أن يفرق بأن الدنانير لا تتعين بالعقد، وهذا يتعين بالعقد اتفاقًا.

ونقل ابن عبد السلام: أن المكيل والموزون كالعرض في الحوز لا بقيد الطبع عليه لا أعرفه إلا قول ابن عات.

قال ابن عتاب: اختلف فيما لا يعرف بعينه إذا وهبه الأب واحتازه، ولم يخرجه من يده لغيره.

وفي المدَوَّنة لابن القاسم ما يدل على جوازه انظر ذلك في الثاني لابن سهل.

قُلتُ: لم أجد ما أشار إليه في أحكام ابن سهل؛ فتأمله.

ولو وهب ماله على عبده من كتابة أو دين لابنه الصغير، ففي كونه على العبد حوزًا لا يبطل باقتضائه الأب ثالثها في الدين؛ لأنه يحاص به غرماء عبده، لابن رُشْد عن بعض المتأخرين وغيره وسماع عبد الملك ابن وَهْب وأشهب.

وسمع عيسى رواية ابن القاسم: كراء الأب ما وهبه لابنه الصغير من ريع حوز، وإن لم يقل أكريت لابني، ولم يخرجه لمن يحوزه له زاد في رسم يدبر من هذا السماع، وفي سماع أَصْبَغ، وإن لم يكتب الكراء باسم ولده.

قال: ومن يكري له إلا أبوه وأنكر قول من قال: لا تجوز إن كتب الأب الكراء باسم نفسه، وعابه ورآه خطأ.

قال: وهو خلاف سنة المسلمين لا أعلم أحدًا، قاله من الناس؛ يريد: من

أهل العلم.

ابن رُشْد: مثله قول مالك في رسم يدبر، ولا أعلم فيه خلافًا في المذهب.

ابن زرقون: ذكر أصحاب الوثائق أن الأب إن قامت البينة فيما تصدق به على ابنه الصغير مما له غلة أنه يستغل، ويدخل الغلة في مصالح نفسه إلى أن مات فصدقته باطلة كالسكنى إذا لم يخل الدار حتى مات.

ومثله في المدنيَّة لابن كنانة، وظاهر المدَوَّنة خلافه، وأن الصدقة جائزة؛ لأن الكراء إذا كان محمولًا على أنه لابنه، فإنما استنفق مال ابنه.

وهو قول أَصْبَغ في ثمن الدار إذا باعها بعد أن حازها الأب وباعها بيعا مبهمًا أن ثمنها للابن في حياته وموته.

وفي حوزه حبسه على ابنه الصغير زيادة مذكورة في الحبس.

ول أَصْبَغ في رسم الوصايا: من أشهد في صحته أنه اشترى هذه الدار لابنه من مال ابنه وأنه يكريها له فهو توليج تورث عن الأب؛ لأنه لم يتصدق عليه إنما زعم أنه مال لابنه، ولم يعرف له مال من وجه.

ابن رُشْد: وجعله بعضهم خلاف سماع ابن القاسم: من أشهد في غلام أنه اشتراه لابنه الصغير، ثم مات الأب أنه للابن غير صحيح؛ لأنه في هذه إنما اشتراه من مال الابن فإن لم يكن له مال كان توليجًا، ولم يقل في سماع ابن القاسم أنه من مال ابنه بل اشتراه بمال وهبه لابنه.

وسمع يحيى ابن القاسم: الحوز في صدقة السيد على أم ولده كصدقته على زوجته.

ابن رُشْد: قولها؛ لأن من تصدق بصدقة على غيره أو وهبه هبة لا يكون الواهب جائزًا له إلا أن يكون والدًا أو وصيًا أو من يجوز أمره عليه في قول مالك يدل على صحة حوز السيد لأم ولده وعبده الأكبر ما أعطاه إياهما كابنه؛ إذ لا أحد أجوز أمرًا على أحد من السيد عليهما؛ إذ له انتزاع أموالهما فتحجيره عليهما أقوى من الأب.

ووجه ما في السماع أن جواز انتزاع المال يضعف حوزه لهما؛ لأنه منه لهما يشبه الانتزاع.

فسماع يحيى أظهر.

واستحب أبو عمر الإشبيلي العمل به، فإن عمل بما في المَدَوَّنة مضى، ولم يرد.

قُلتُ: أخذه الأول من المَدَوَّنة عزاه الباجي لابن العطار، ولم يتعقبه.

وما حكاه عن أبي عمر هو في أحكام ابن سهل.

الباجي: حوز المعطي للمعطى الصغير ما أعطاه خاص بالأب ووصيه والسلطان ومقدمه.

رواه أشهب وقاله ابن القاسم.

ولابن حبيب عن الأخوين: الأم في ولدها اليتيم كالأب، وكذا من ولي صبيًا احتسابًا من أجنبي أو قريب قبل إعطائه ذلك.

وليحيى عن ابن وَهْب: الحوز له خاص بالأب والوصي والأم.

والأجداد كالأب في عدمه والجدات كالأم في عدمها إذا كان في حجر أحد من هؤلاء.

ابن رُشْد: في سماع عبد الملك من كتاب الوصايا: كل من ولي يتيمًا من قريبٍ أو بعيدٍ يجوز له ما وهبه له، ومثله من بيده اللقيط رواه ابن غانم.

ونحوه قولها: تجوز مقاسمة ملتقط اللقيط عليه.

وقول نكاحها الأول: الحاضر والمربي في حياة الأب كوكيله في تزويج ابنته المحضونة.

قُلتُ: إن كان ما ذكره ابن رُشْد خاصًا دون الأم إذا لم يكن الصغير في حضانتها كان قولًا رابعًا، وهو مقتضى قولها عندي لنصها على لغو حوز الأم، وإجازتها بمقاسمة ملتقط اللقيط، ففي قصر حوز المعطي عطيته لصغير على الأب ووصيه والسلطان ومقدمه، وعليهم مع الأم وكل من وليه، ثالثها: هذا بشرط كونه جدًّا في عدم الأب أو جدة في عدم الأم، ورابعها: الأول مع من وليه السلطان مطلقًا للمشهور مع رواية أشهب وابن حبيب عن الأخوين وسماع يحيى ابن وَهْب وابن رُشْد عن سماع عيسى مع دليل قولها في القسم والنكاح الأول.

الباجي عن ابن العطار: إن وهب أحد الوصيين يتيمًا لم يجز حوزه له.

وقيل: يجوز.

قُلتُ: الأظهر هذا إن رضي الثاني، وإلا فالأول.

وفيها: مع غيرها: السفيه كالصغير وحده فيهما الرشد به يبطل حوزه لهما.

ابن عات: في الاستغناء عن ابن عيشون: إنما يبطل به إن علم المعطى بالعطية، وإلا فالأول، وقيل: لا يبطل بحال وهو أحسن.

ولو حاز السفيه لنفسه، ففي بطلان حوزه وإعماله نقل المتيطي عن وثائق الباجي ومحمد مع سَحنون ومُطَرِّف وقول ابن الحاجب متبعًا.

ابن شاس: شرط استقرارها الحوز كالصدقة إلا في صدقة أب على صغيره، وعلى ذلك علماء المدينة تركه خير من ذكره لاقتضائه العموم في كل عطية من عين، أو مثليٍّ، أو مسكنٍ، وإيهام قصره على الصدقة، والصغير دون السفيه، والأب دون وصيه، والقاضي ومقدمه فيوقع الناظر في خطأ فاحش لأجل هذا، ونحوه طرحه كذلك كثير من متقدمي الشُيُوخ ومتأخريهم.

فهرس الموضوعات